

ANALISIS A LA FUNCION JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL AL
INTERIOR DEL REGIMEN DE INSOLVENCIA AÑOS 2007 AL 2013

JOSE EDUARDO ARIAS ROJAS

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA D.C.
2014

ANALISIS A LA FUNCION JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL AL
INTERIOR DEL REGIMEN DE INSOLVENCIA AÑOS 2007 AL 2013

TRABAJO INVESTIGATIVO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRIA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN: Dr. WALTER CADENA AFANADOR

ESTUDIANTE: JOSE EDUARDO ARIAS ROJAS

UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTA D.C.
2014

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	5
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	5
Pregunta de investigación	9
Hipótesis	10
Justificación	10
Objetivos	12
Objetivo general	12
Objetivos específicos	12
Marcos de referencia	13
Estado del arte	13
Marco conceptual	16
Marco teórico	17
Marco jurídico	18
Marco espacial y temporal	19
Estrategia metodológica – tipo de investigación	20
CAPÍTULO II	21
LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y SUS INSTITUCIONES	21
Antecedentes de la organización social humana	22
Las organizaciones sociales en la antigüedad	27
Estados antiguos y uso del poder	28
Los estados orientales	29
El Estado Griego	30
Esparta	31
Atenas	31
El Estado Romano	34
El Estado Medieval	37
Los Estados absolutistas	46
El Derecho Indiano	51
De los estados absolutistas a los estados liberales	53

CAPÍTULO III	61
ACTIVIDAD MERCANTIL: RIQUEZA Y FUNDAMENTO DE PODER	61
Modelo económico de autoabastecimiento	61
La actividad mercantil como fuente de riqueza	63
El poder de la organización empresarial	66
Influencia del poder empresarial en la sociedad	68
Lo político	68
Lo económico	69
La productividad	70
Las relaciones laborales y capacitación del recurso humano	71
La población	72
El régimen jurídico	73
La empresa en América	75
CAPÍTULO IV	79
EMPRESAS EN CRISIS E INTERVENCIÓN DEL ESTADO	79
Factores que afectan la sostenibilidad de las empresas	79
Desplome de importantes empresas y castigo a los responsables	84
Instituciones jurídicas de salvamento para empresas de Colombia en crisis	91
La quiebra como salvamento empresarial en Colombia	93
El Código de Comercio vigente	95
El Decreto 350 de 1989	95
La Ley 222 de 1995	95
El concordato como salvamento empresarial en Colombia	96
La reestructuración empresarial. Ley 550 de 1999	101
La Ley de Insolvencia o Ley 1116 de 2006	104
Origen de la Superintendencia de Sociedades y su función jurisdiccional	109
CAPÍTULO V	122
APLICACIÓN METODOLÓGICA	122
CONCLUSIONES	
RECOMENDACIONES	
REFERENCIAS	

INTRODUCCIÓN

En esta investigación nos proponemos hacer un análisis de la Función Jurisdiccional que han venido asumiendo algunas organizaciones de carácter administrativo particularmente el caso de la Superintendencia de Sociedades respecto del proceso de insolvencia en la modalidad de reorganización empresarial.

El artículo 113 de la Constitución Política establece el principio de la separación de poderes, pero no bajo la concepción tradicional que era adecuada para su momento donde el ejercicio del poder era absolutista y despótico, ahora ese principio se flexibiliza por la modernidad de la sociedad y la responsabilidad de estado, quien está obligado a organizarse de tal manera que logre cumplir con sus fines establecidos en el artículo 2º de la norma en mención. Por esta razón hoy más que separación de poderes se habla de separación de funciones entre las ramas del poder público, con el objeto de garantizar un ejercicio de poder equilibrado, pero al tiempo una colaboración armónica entre sus instituciones.

Una materialización de esa separación funcional la encontramos en el artículo 116 de la constitución donde para el caso de la administración de justicia, se le han permitido funciones jurisdiccionales a ciertos órganos administrativos dentro de unos límites referidos a temas excepcionales y materias precisas, por ello la Superintendencia de Sociedades tiene un soporte constitucional en el referido artículo y legal en la Ley 1116 de 2006, para ejercer tales funciones en eventos de recuperación empresarial respecto de organizaciones privadas pertenecientes al sector real de la economía, luego la inquietud de esta investigación no es fundamentalmente la de controvertir la legalidad de su función judicial, sino la de adelantar un análisis crítico sobre la ejecución de la función encomendada a esta entidad, dentro del marco de un estado social de derecho.

En esta investigación vamos a tener la oportunidad de describir como ha sido el uso del poder a través de la historia en las diversas organizaciones sociales, entender la razón de la separación del poder en sus ramas y de la separación funcional del mismo, analizar la trascendencia o no de la función judicial ejercida por la supersociedades en

organizaciones tan importantes para la economía del país como son las empresas, entendiendo que estas al tener una función social que cumplir por su responsabilidad en la ejecución de políticas relacionadas con el empleo, la preservación crediticia, la sostenibilidad económica del estado, entre otros, han de contar con el apoyo incondicional y efectivo del estado en los eventos críticos, o si por el contrario, esa asignación de funciones son instrumentos utilizados para justificar prácticas monopolísticas encaminadas a sostener una pugna por el poder en favor de intereses particulares, perjudicando tanto de la función natural de las instituciones involucradas y de paso descuidar ostensiblemente la obligación de respaldo y apoyo a las organizaciones empresariales.

CAPÍTULO I

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Cierto es que somos un estado social de derecho, así está establecido en el artículo primero de nuestra actual Constitución: “Colombia es un estado social de derecho”, en consecuencia para garantizar este carácter, el ejercicio del poder en sus diversas formas no puede estar concentrado, para ello el artículo 113 de la CP., establece claramente el principio de la división del poder, desde luego moderado en una colaboración armónica institucional, sin embargo preocupa conocer el alcance de la colaboración armónica porque puede ocurrir que la práctica exagerada de ese traslado funcional a organismos de otra rama, esté ocasionando una nueva forma de absolutismo estatal en beneficio particular, en esto radica el problema objeto de esta investigación.

El estado es un ente de servicio colectivo y cuando pasa a ser social de derecho, debe cumplir unos principios que garanticen la satisfacción de necesidades sociales mínimas, de cobertura universal, “La ideología del interés general pretende establecer un consensus sobre el aparato del estado, presentándolo como un poder necesario, bienhechor y neutral en relación con los diferentes grupos que comprenden la sociedad, trascendente y como si fuera cosa de todos” (Nieto, 1991, p. 212).

Según Mario de La Cueva (1980), en sus orígenes la división del poder público tenía una razón lógica, de un lado era importante porque los ciudadanos venían de un gobierno absolutista cuya función era de carácter temporal y la importancia de la división radicó en rescatar al pueblo de la concepción divina del poder, “los dos últimos siglos de la Edad Media produjeron la quiebra de las potencias universales, la Iglesia y el Imperio y a través de ella la unión de los pueblos” De La Cueva (1980 p.85). Por otro lado la separación de poderes permitía establecer un sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder y así se lograría que la función Judicial ejerciera control sobre la administrativa del Estado, según Montesquieu (1689), era preciso demostrar que su separación y la consecuente atribución a personas o cuerpos colegiados distintos, era una exigencia para el imperio de la libertad, de tal manera que si las potestades legislativa y ejecutiva sobre las cosas que dependen del derecho de gentes se reúnen en una sola persona o cuerpo colegiado, “no hay libertad porque se puede temer que el

mismo monarca o el mismo senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente”, de otra parte si la potestad de juzgar sobre las cosas que dependen del derecho de civil no está separada del poder legislativo, tampoco “hay libertad, porque el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario”, ya que el juez sería legislador y finalmente si el poder de juzgar estuviere en “la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.

Para para el cumplimiento de los fines, el Estado diseña instituciones y estructuras que le garanticen su propósito, pero estas instituciones deben tener funciones y competencias precisas, de tal manera que el sistema asegure un equilibrio político, se respete el principio de la división de poderes, posea una constitución como responsable de los derechos básicos a los ciudadanos, cuente con tribunales capaces de hacer respetar principios fundamentales para que nadie los pueda violar, solo en esta medida el poder soberano está sometido a Derecho (Bodenheimer, 1980).

Colombia desde épocas independentistas ha sido tradicionalmente un país respetuoso del ejercicio democrático, con una estructura de poder fiel al principio de Montesquieu, al menos filosófica, Jurídica e institucionalmente, así se consagra en el artículo 113 de la Constitución de 1991, de pensamiento liberal, con una concepción clara de la soberanía de Estado. En la Constitución Política de 1986, como principio se concebía que; “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emana los poderes públicos” complementado por el artículo 105 de la carta: “Los individuos de una y otra cámara representan a la Nación entera y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común”. En la Constitución de 1991 su artículo 3º señala que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo de la cual emana el poder público. “El Estado es un poder de autorganización y tiene la facultad de expedir normas jurídicas” (Vedel, 1998 p. 402).

En nuestro país, la función administrativa es fundamentalmente responsabilidad del poder ejecutivo, está a su cargo “la función administrativa consiste en: a) hacer cumplir las leyes; b) administrar los bienes del estado; c) ejercer la alta dirección política del estado; d) dirigir las relaciones exteriores; e) planificar la economía; f) preservar el orden público; g) defender la integridad territorial y h) garantizar el suministro de los

servicios públicos esenciales (Constitución Política de Colombia, artículo 115, 1991). Esta responsabilidad debe ser ejercida bajo los principios que señala el Artículo 209 de la C.N., se encuentran a cargo del Presidente de la República quien las delega en instituciones creadas para tal fin, es caso de las superintendencias que por ser organismos técnicos tienen la tarea natural de ejercer funciones administrativas de inspección vigilancia y control en áreas determinadas, por esta razón son instituciones pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público. En los últimos tiempos a estos organismos por diversas razones, se les vienen encomendando funciones jurisdiccionales bajo el amparo constitucional del artículo 116, sin embargo, que tan viable e importante puede ser esta gestión judicial en cabeza de las señaladas instituciones, será que garantizan los principios básicos de la administración de justicia? Es posible que su labor sea autónoma e imparcial? Con esta práctica se estaría invadiendo o desplazando a la rama judicial en aspectos tan importantes para la vida pública del país? estos y otros interrogantes establecen un escenario propio de ser investigado, a fin de establecer si allí encontramos irregularidades, vulneración de principios o si por el contrario, esto llegue a ser una ingeniosa y legal solución a la morosidad, poca cobertura, baja eficiencia que presenta la rama judicial en nuestro país.

La Función Jurisdiccional o Judicial, es una función pública en cabeza de la rama judicial, constitucionalmente está regulada en el Artículo 228 y como lo señala el Uruguayo Sayagués, esta función “tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva”. Sayagués (1975). Por su parte el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa señala que esta función tiene un objeto múltiple que consiste en: “a) Resolver los conflictos Jurídicos entre particulares; b) Resolver los conflictos Jurídicos entre particulares y el Estado; c) castigar las infracciones a la Ley penal y d) defender el principio de legalidad”, esta actividad se ejerce a través de los Tribunales y Jueces bajo una característica importante a destacar: su función debe ser de manera autónoma, desconcentrada e independiente de cualquier influencia interna o externa a su actividad, así lo establecen los artículos 228 y 230 de la C.N., en concordancia con la Ley estatutaria de la Administración de Justicia.

Cuando la función judicial es encomendada a organismos administrativos el funcionario debe cumplir unos requisitos mínimos establecidos en la constitución y la Ley, entre los que se destacan principalmente la autonomía, desconcentración e independencia, para que su desempeño no esté viciado de nulidad por violación a las garantías procesales, al derecho de defensa y al acceso de la Justicia, tal y como lo señalan los artículos 29, 228 y 229, de la Constitución, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José, conjunto normativo que forma parte del bloque de constitucionalidad, según lo establece el artículo 93 de la Constitución. La Corte Constitucional en Sentencia C-1641 del 2000, se pronuncia sobre el tema de la siguiente manera:

(...) una lectura aislada y literal del artículo 116 parecería indicar que la ley puede atribuir funciones judiciales a cualquier autoridad administrativa, puesto que esa disposición constitucional no establece que el funcionario a quien se le confieran esas competencias jurisdiccionales deba reunir determinados requisitos. Sin embargo, una interpretación constitucional sistemática lleva a la inevitable conclusión de que para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales debe contar con ciertos atributos de independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (Constitución Política de Colombia, artículo 228, 1991), mientras que las normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (Constitución Política de Colombia, artículo 93, 1991), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En tales condiciones, es necesario armonizar la posibilidad que confiere el artículo 116 de la Carta de conferir funciones judiciales a las autoridades administrativas con los requisitos de imparcialidad, predeterminación e independencia que deben tener las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. Una conclusión se impone: La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando

los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.

La Superintendencia de Sociedades ha sido revestida de Facultades Jurisdiccionales, con el propósito de tomar decisiones de esta naturaleza, respecto de los procesos de insolvencia empresarial de aquellas organizaciones privadas que desarrollan actividades mercantiles. Esta entidad de carácter Administrativo cuya función natural es la de ejercer inspección, vigilancia y control a organizaciones empresariales mercantiles del sector real de la economía, tiene adicionalmente de manera simultánea, una función administrativa y otra jurisdiccional sobre las mismas organizaciones empresariales, en procesos de reorganización, liquidación judicial e insolvencia transfronteriza.

La señalada Superintendencia ¿No estará fungiendo como Juez y parte cuando ejerce funciones judiciales en procesos de insolvencia de las empresas que previamente ha vigilado para garantizar su eficiencia y eficacia? ¿Se estará violando el principio aquel de juzgar dos veces a la misma persona por los mismos hechos?, ¿En la Superintendencia de Sociedades tanto los funcionarios que ejercen la función jurisdiccional, como los manuales de procesos y procedimientos que deben existir para esta función, estarán garantizando el requisito Constitucional de independencia y autonomía? ¿Por qué se somete el proceso de recuperación empresarial componente de la insolvencia, a decisiones jurisdiccionales por parte de la Supersociedades, cuando el régimen anterior de reestructuración empresarial no era judicial, sino una amigable composición? ¿Este proceso judicial de la Supersociedades que comparte con los Jueces Civiles, sigue el mismo procedimiento en las dos Jurisdicciones?

Pregunta de investigación

¿Qué tan garantista es la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización empresarial al interior de la Ley de insolvencia, en nuestro estado social de derecho, siendo esta entidad un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público?

Hipótesis

Para determinar si las funciones de un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, pueden ser también de carácter Jurisdiccional sin que se vea afectado el garantismo propio de esta gestión, en el marco de un Estado Social de Derecho, es necesario analizar si la norma que lo regula está por un lado, adecuadamente formulada en su contexto epistemológico-jurídico y si su aplicabilidad se adecua a los principios de autonomía, desconcentración, imparcialidad e independencia, tal como lo ordena la Ley estatutaria de la administración de justicia, para los operadores judiciales.

Justificación

Es obligación del Estado garantizar los principios y derechos de sus ciudadanos, Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2º).

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (art. 2º). El estado está respondiendo a expectativa de administrar Justicia?

El Estado tiene una responsabilidad en relación con los Derechos Constitucionales Fundamentales cuando, de manera organizativa y estructural, opera negligentemente, esto es: cuando no administra justicia de manera eficiente; cuando no legisla en relación con los derechos de tal manera que el ciudadano carezca de instrumentos legales para defenderse de abusos y violaciones; (...) (Corte Constitucional. Sentencia C- 587, noviembre 12 de 1992. Magistrado Ponente, Ciro Angarita Barón).

Es evidente por lo que se vive y observa, que el estado no tiene esa capacidad de respuesta a la demanda de justicia al interior del aparato jurisdiccional, allí hay fallas estructurales que traen consigo un atraso en la gestión, ante este problema la solución sería el fortalecimiento de la rama, erradicar la corrupción, exigir el cumplimiento responsable de su gestión, mas no trasladarle esta obligación a organismos de otras ramas bajo el pretexto de la “llamada colaboración institucional”, porque esto equivale a trasladar el problema mas no a darle solución, o quizá a complicarlo aún más por el riesgo de sacrificar la independencia en la gestión.

Aquí justamente radica la importancia de este estudio, porque se encamina a analizar qué tan pertinente puede ser o no el que un organismo cuya naturaleza es de carácter administrativo, resulte ejerciendo funciones jurisdiccionales con éxito y con todas las garantías que dicha labor exige, o si por el contrario se hace necesario presentar sendos aportes tanto al sistema judicial, en el caso particular del proceso de insolvencia empresarial, como a la labor de la misma de la Superintendencia, tanto en su gestión natural como judicial.

Se espera que esta investigación beneficie, por un lado la misma Superintendencia de Sociedades en la medida que le pueda brindar la posibilidad de revisar su desempeño en la gestión judicial. Por otro lado, poder identificar los aspectos sensibles que la rama judicial tenga en esta clase de procesos, también para los gremios y empresarios porque se espera que el documento aporte bastantes elementos de juicio para los pormenores, conveniencias y criterios en la toma de decisiones al interior de un proceso de insolvencia, finalmente, el documento es un gran aporte para la comunidad universitaria por ser un tema de reciente aparición y sobre el cual poco se ha escrito.

Objetivos

Objetivo general

Analizar porque razón, existiendo en la historia de los estados modernos el principio de la división de poderes como garante de justicia y equidad, algunas funciones jurisdiccionales son trasladadas a organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, como en el caso de la Superintendencia de Sociedades en el Proceso de reorganización al interior de la insolvencia empresarial, al tiempo determinar el nivel de independencia, autonomía y garantía de imparcialidad en la labor encomendada.

Objetivos específicos

Identificar en las organizaciones sociales, el uso y manejo del poder en el transcurso de la historia de la humanidad, a fin de conocer si este elemento de estado ha logrado los fines que justifican su razón de ser.

Evaluar los riesgos que se puedan presentar cuando organismos de la rama ejecutiva del poder público ejercen funciones jurisdiccionales propias de la rama judicial.

Describir la importancia que tienen las organizaciones empresariales en la economía de un país, al tiempo establecer los factores de riesgo a que se ven enfrentadas y valorar los mecanismos de protección brindados por el estado para su conservación.

Comprender el marco constitucional y legal bajo el cual se desarrolla la función jurisdiccional en nuestro país, determinando sus ventajas y carencias de las que pueda adolecer.

Analizar las funciones administrativas y jurisdiccionales que lleva a cabo la superintendencia de sociedades en los procesos de insolvencia empresarial.

Marcos de referencia

Estado del arte

Sobre la función Jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de insolvencia empresarial, no hay documentos que nos permitan orientar la presente investigación en el sentido de rescatar lo importante y evitar los eventuales errores cometidos en esos estudios, muy posiblemente porque sólo desde la Constitución de 1991 en su artículo 116, desarrollado por la Ley 446 de 1998, la Ley 222 de 1995 y la Ley 116 2006 entre otros, a los órganos administrativos se les permite la posibilidad de ser revestidos con funciones jurisdiccionales, oficiando como operadores judiciales.

Resulta extraño y preocupante, por las experiencias que la humanidad ha vivido sobre el abuso del poder, que este de una u otra manera se concentre en una persona o en un pequeño grupo de personas con intereses particulares, como en el caso de la época medieval, donde la función del Estado estaba al servicio divino y no de la humanidad, hecho que justificaba todo tipo de atropello ya que la voluntad del individuo carecía de importancia, en consecuencia la función jurisdiccional estaba al servicio de la ideología sacralizada del estado, o en el Estado moderno cuya característica fue la de un absolutismo monárquico, el poder incluída la función jurisdiccional y administrativa del Estado, se encontraba en cabeza de una sola persona: el Rey, quien desplegó un despotismo absoluto (Verdu & Murillo de la Cueva 2005).

Por aquellas razones aparece el estado liberal, cuyo precursor fue John Locke, seguido por Voltaire, Rousseau y el varón de Montesquieu entre otros, bajo su pensamiento se concibe un estado garante y respetuoso de los derechos individuales, para lo cual el ejercicio del poder se desconcentró atribuyendo sus funciones a personas o cuerpos colegiados distintos, como exigencia para el imperio de la libertad. Señala Montesquieu:

(...) a) si las potestades legislativa y ejecutiva sobre las cosas que dependen del derecho de gentes se reúnen en una sola persona o cuerpo colegiado, no hay libertad, porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado haga

leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente; b) si la potestad de juzgar sobre las cosas que dependen del derecho civil no está separada del poder legislativo, tampoco hay libertad, porque el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, ya que el Juez sería legislador; c) Si el poder de juzgar estuviere en la potestad ejecutiva, el juez podría tener la fuerza de un opresor (citado por Bobbio 1989).

Actualmente, los estados modernos contemplan en sus constituciones el principio de la división del poder pero de manera moderada, con el objeto de lograr una armoniosa colaboración entre las instituciones gubernamentales, encaminada al logro de sus fines como aspiración máxima y justificable del Estado. En Colombia la Corte Constitucional regula cuidadosamente la convivencia entre la división del poder y la atribución de funciones a los diversos organismos del Estado, en estrecha colaboración entre ellos, sobre el tema se ha pronunciado de la siguiente manera:

(...) los órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, con lo cual elimina todo criterio absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeables. Se trata, más bien, de lograr un equilibrio que impida la concentración y el abuso del poder pero que a la vez permita, en virtud de una razonable flexibilidad, conjugar los esfuerzos de quienes lo ejercen con miras al logro de las metas comunes. Únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos (C-212 de 1994).

Sin embargo como se ha señalado, no existen estudios encaminados a evaluar la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en los procesos de insolvencia, particularmente el de la reorganización empresarial, básicamente porque el tema es de reciente presentación, además su investigación exige una cuidadosa combinación entre lo público y la privado, en consecuencia, los documentos que tratan directamente el tema son los pronunciamientos que han hechos las cortes, por lo demás

la investigación se tiene que fundamentar en temas anexos, como el correspondiente al ejercicio del poder, la función social de las organizaciones empresariales, las características de la administración de justicia, la función administrativa y jurisdiccional de los órganos administrativos en general.

En sentencia 384 de 2000, la corte constitucional hace una serie de pronunciamientos encaminados a justificar el ejercicio jurisdiccional por autoridades no judiciales aclarando que tal actividad “representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder, por lo cual su alcance es restrictivo”, y adicionalmente hace una descripción de la función judicial de la supersociedades.

Un artículo publicado por el profesor Antonio Nieto (1991), denominado *la Administración sirve con objetividad los intereses generales, en estudios sobre la Constitución Española*, señala que la función Jurisdiccional como característica o elemento de una organización social debidamente establecida en un Estado, es de por sí el mecanismo que a la postre garantiza la equidad y justicia en la interacción de los individuos, sin embargo, ejercida esta función por el mismo gobernante, los niveles de imparcialidad pueden no encontrarse garantizados y confundirse con sus propias funciones administrativas.

Otro documento importante para la investigación es un artículo elaborado por María Antonia Páez y publicado por la Universidad de la Sabana en el año 2005, donde se hace un estudio sobre la aplicación de la teoría de la división de los poderes en la actualidad, haciendo un análisis comparativo sobre el sistema de pesos y contrapesos en las funciones del estado moderno en América Latina, llegando a la conclusión de su vigencia como garantía de un Estado Social de Derecho.

También se tomó un documento denominado *Inflación de superintendencias*: El documento hace diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio sobre “la acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos” (García, J.F. 2009).

Marco conceptual

En este trabajo se tendrán en cuenta los conceptos de Estado por ser este el escenario social, político y jurídico donde se desarrolla la presente investigación, comprendiendo que Estado “en un sentido amplio es un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado en un territorio determinado sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos” Naranjo M.(2010), distribuidos en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, el concepto de Estado ha tenido diversos puntos de análisis, por ello partiremos del concepto de Estado liberal, por incluir aspectos relacionados con la libertad del individuo, la manifestación libre de la voluntad de los asociados para gobernarse y ser gobernados en un esquema sometido a la Ley, con un gobierno garante de la iniciativa y protección de la burguesía industrial. Teniendo en cuenta que los originales principios liberales afectan la igualdad, entonces se modifican los roles del Estado para dar paso a un Estado intervencionista, característica del Estado Social de Derecho donde la función de este, está orientada por unos principios contenidos en el preámbulo de la Constitución Nacional, los que se encaminan “a asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

Para sus fines el Estado cuenta con la función pública, que es la relación entre Estado y servidores de las diversas ramas e instituciones gubernamentales llevada a cabo a través de la función administrativa o ejercicio administrativo del ejecutivo en los niveles nacional o territorial, a través de instituciones como las Superintendencias, que en concepto de la Ley 489 de 1998 artículo 66, son organismos creados para cumplir funciones de inspección y vigilancia por atribuciones dadas por la Ley o mediante delegación presidencial.

Por otro lado orbita la función jurisdiccional, que en concepto del artículo 1° de la Ley 270 de 1996, es la responsable de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución y la Ley, a fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia Nacional, en colaboración de las ramas del poder.

En medio de este escenario se garantiza la actividad empresarial, consagrada Constitucionalmente en el artículo 333, privilegiando la iniciativa privada por tener su fundamento en la propiedad privada base de nuestra economía, con unas limitantes de intervención consagradas constitucionalmente en los artículos 334 y 335, pero con la responsabilidad de proteger esa libertad de empresa de las eventuales crisis empresariales que no han sido pocas a lo largo de la historia, no solo de nuestro país, sino del nivel internacional con efectos locales.

En Colombia se han implementado unos mecanismos de salvamento que dan inicio con el régimen de quiebra adoptado del sistema español, en 1969 se reorganizó dicho sistema mediante el decreto 226, luego se instauró el moderno régimen para la época, denominado concordato preventivo obligatorio, estableciendo dos elementos novedosos a saber: el trámite obligatorio para las empresas más representativas de la economía nacional estableciéndose que este trámite se llevaría a cabo no ante un juez sino ante la Superintendencia de Sociedades. Posteriormente surgió el decreto 360 de 1989, norma transitoria que daría paso a la Ley 222 de 1995 a través de la cual se sustituyó la quiebra por la llamada liquidación obligatoria.

En 1999 se promulgó la Ley 550 o régimen de reestructuración empresarial o económica, esta norma de orden también transitoria a través de la cual se suspendió el régimen concordatario de la Ley 222 de 1995 dejando tan solo vigente el de la liquidación obligatoria. Últimamente se expide la Ley 1116 de 2006 o de insolvencia, la cual es objeto de nuestro estudio y de profundas implicaciones por ser la garante de políticas de empleo y la preservación del crédito.

Marco teórico

Se discute si la administración de justicia debe ser ejercida de manera exclusiva por aquellos operadores jurídicos especialmente preparados para ello y que pertenecen a la Rama judicial del poder público, quienes de manera autónoma e independiente garantizan la seguridad del derecho de los asociados o si pueden ser reemplazados en su gestión, por funcionarios que pertenecen a la Rama ejecutiva del poder público, bajo una supuesta razón de colaboración eficiente en el ejercicio jurisdiccional. En

consecuencia, el marco teórico en la presente investigación corresponde al principio de la división de poderes, acompañado del fundamento constitucional que permite la colaboración armónica de las instituciones, en el marco de un Estado Social de Derecho.

De otro lado y como complemento del marco teórico, debemos tener en cuenta todos los fundamentos referidos a los principios del Estado liberal, la empresa como expresión de iniciativa privada y fuente de riqueza en la sociedad moderna, junto al compromiso social que le corresponde en el país.

Marco jurídico

En la Constitución Política de Colombia encontramos mucho fundamento que es objeto del estudio de investigación, partiendo del Preámbulo por el efecto jurídico vinculante entre el estado y su razón de ser en la sociedad. Los artículos 1° y 2° de la norma superior tienen estrecha relación con el objeto de estudio porque consagra tanto el concepto de Estado Social de Derecho como sus fines, siendo allí el escenario donde se desarrolla el objeto de estudio. Las funciones de las ramas del poder público junto al tema de la libertad económica frente a la intervención del Estado que encuentran su fundamento en los artículos 113 que regula el principio de la división de poderes y su aplicación armónica, los artículos 116 y 228, que determina los operadores en la rama judicial y el objeto de esta, el artículo 122 que fija las actividades de la función pública, el artículo 209 que refiere a los principios y objeto de la función administrativa, el artículo, el artículo 333 que señala los principios y el objeto de la libertad económica y la iniciativa privada y el artículo 334 que establece los principios de intervención del estado en la economía.

El desarrollo legal de los anteriores principios los encontramos en la Ley 489 de 1998, por la cual se determina las instituciones de la rama ejecutiva del poder público. Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia reformada por la 1285 de 2009. Ley 58 de 1931, Ley 44 de 1981, Ley 7° de 1990 y Ley 11 de 1990. Decreto 638 de 1974, Decreto 3015 de 1979, Decreto 1171 de 1980, Decreto 2059 de 1981, Decreto 1941 de 1986, Decreto 497 de 1987, Decreto 1555 de 1988, Decreto 2155 de 1992 y Decreto 1080 de 1996. Las normas que dan creación y desarrollo de actividades en la

Superintendencia de Sociedades, Son: Ley 446 de 1998 que asigna funciones jurisdiccionales, Ley 550 de 1999 sobre reestructuración empresarial e intervención económica y Ley 1116 de 2006 sobre insolvencia empresarial.

La jurisprudencia referida: sentencia C-479 de agosto 6 de 1992, magistrados ponentes José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero, analizan el efecto jurídico del preámbulo Constitucional, sentencia T-406 de junio 5 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, hace un análisis sobre las características del Estado Social de Derecho, sentencia T-006 de mayo 12 de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, se analizan las características de la función jurisdiccional en un Estado Social de Derecho, sentencia, C-040 del 11 de febrero 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, hace un análisis sobre las características de la libertad de empresa y la iniciativa privada, sentencia C-006 de enero 18 de 1993, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, se refiere a las características de la libre empresa en un Estado Social de Derecho, sentencia C-478 de agosto 6 de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, hace un análisis sobre las autoridades y los instrumentos de regulación en la intervención del Estado en la economía, sentencia C-1641 de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, hace referencia a las condiciones bajo las cuales las superintendencias pueden ejercer funciones jurisdiccionales en un Estado Social de Derecho, sentencia C-833 del 11 de octubre de 2006, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería, hace un nuevo análisis sobre las condiciones bajo las cuales las superintendencias pueden ejercer funciones jurisdiccionales en un Estado Social de Derecho y finalmente, la sentencia C-156 de 2013, magistrado ponente Ernesto Vargas Silva, trata sobre las características que se deben dar cuando entes administrativos ejercen funciones jurisdiccionales.

Marco espacial y temporal

La presente investigación se encamina a realizar un análisis sobre la función Jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades a nivel nacional en los procesos de insolvencia respecto de la reorganización empresarial, de empresas correspondientes al sector real de la economía, durante los años 2007, fecha en que entró a regir la Ley de insolvencia como instrumento de salvamento y el año 2013.

Estrategia metodológica

Tipo de investigación

Con el fin de lograr los objetivos propuestos en el presente trabajo, el estudio que más se adecua es la investigación exploratoria. Según Roberto Hernández Sampieri y otros, este tipo de investigación “se realiza cuando el objetivo es examinar un problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes”. En efecto, no existen investigaciones encaminadas a analizar la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización empresarial al interior de la insolvencia, por tanto los antecedentes de esta investigación tienen que ver con temas relacionados, mas no con el objeto mismo.

Por otro lado, en el desarrollo del presente trabajo investigativo se hace una descripción detallada de procesos, procedimientos jurídicos y se establecen comparaciones respecto de las características o rasgos del fenómeno objeto de estudio, en esta medida la investigación también se torna de carácter descriptiva y cualitativo, porque adicionalmente el análisis parte de lo general a lo particular, abordando teorías sobre el concepto de estado, principio de la división de poderes, la función administrativa y judicial del poder público y el estado liberal.

CAPÍTULO II

LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y SUS INSTITUCIONES

Con la aparición de la humanidad y por razones naturales o de protección, el hombre busca vivir en comunidad bajo relaciones sociales de carácter equitativo y justo, donde el elemento conector es el poder que ejercen unos sobre otros, cuyo ejercicio descontrolado va generando abusos desequilibrantes, por esta razón se han establecido mecanismos encaminados a evitar irregularidades, como en el caso de la división del poder que quedó establecida hace más de cinco siglos con el ánimo de garantizar igualdad, evitar comportamientos anárquicos y procurar como fin supremo la felicidad de la humanidad. Sin embargo, hoy por presuntas razones de eficiencia y colaboración armónica institucional, esa separación de poderes que posaba de ser garantista, viene cambiando encontrando que hay organismos cuya naturaleza jurídica y propósito es de carácter administrativo, pero que les han atribuido funciones propias de otras ramas del poder público particularmente de carácter jurisdiccional, práctica que en un Estado Social de Derecho, no deja de generar incertidumbre sobre el nivel de independencia en el ejercicio de sus funciones, por operar simultáneamente como juez y parte de un conflicto. Es el caso de algunas superintendencias cuyo objeto funcional es el de inspeccionar, vigilar y controlar el quehacer de instituciones públicas y privadas pertenecientes a su sector, pero al tiempo las juzga y condena, por actividades que posiblemente y de manera previa habían estado bajo su tutela.

En estas condiciones no es que se condene de forma inmediata esa doble función excluyente o complementaria para algunos, sino que resulta importante analizar su viabilidad, validar la necesidad de este ejercicio institucional, considerar las ventajas o desventajas del nuevo paradigma, valorar la pertinencia que en términos de eficiencia, sostenibilidad, equidad, justicia y eficacia pueda tener este modelo de gestión pública o determinar si por el contrario se está regresando a una perversa concentración de poder, la que a través de la historia ha mostrado peligrosos resultados en el desarrollo, equidad y convivencia social, por estar el poder al servicio particular.

Por las razones anotadas es indispensable inicialmente hacer una breve descripción histórica de las diversas formas de organización social que ha tenido la humanidad y la manera como se ejerció el poder en cada una de ellas, bien sea de manera institucional o personal, a fin de valorar sus resultados en cada época.

A partir de aquella descripción histórica del poder junto a su origen, se buscará establecer las bases y el papel que la economía ha jugado en su fundamentación, tanto en las organizaciones sociales antiguas como en las modernas, para de esa manera determinar la influencia de los medios de producción en el ejercicio del poder, el papel que juega la empresa como creadora de riqueza en el proceso económico de una sociedad, los obstáculos que ha tenido como institución sostenible, los instrumentos gubernamentales de salvamento encaminados a superar las crisis de aquellas unidades productivas, finalmente, analizar para validar o reprochar los mecanismos y procesos que el gobierno establece en la protección de la empresa, por ser actualmente un elemento participante en la creación y sostenibilidad del poder.

Antecedentes de la organización social humana

En versión de algunos historiadores, la primera forma organizativa fue la familia como fundamento de prolongación de la raza humana, sin embargo hay corrientes que señalan el origen de la organización social como la necesidad de producción de los medios de existencia, Engels particularmente y basándose en Morgan desarrolla toda una teoría sobre el origen de la organización social (Coulanges, 1997, citado en Morgan & Engels). De fondo, lo importante es determinar los instrumentos y medios utilizados en la construcción de sociedad, por aquellas comunidades que se establecieron hace más de treinta o cuarenta siglos y que resultan a la postre los antecedentes de nuestras instituciones sociales, políticas, jurídicas, entre otras, en esta medida el hombre originario vivió tres épocas: salvajismo, barbarie y civilización, comenzando su desarrollo en el último período de la era cuaternaria (Morgan, 1984).

El salvajismo dividido en tres estadios: inferior, medio y superior, en el último aparecen las primeras formas de organización social en razón al invento del arco y la flecha, instrumentos que le sirvieron para la caza, por este hecho comprende que puede estacionarse en un lugar determinado con la seguridad de tener garantizada su subsistencia, en esta oportunidad crea vasijas y demás instrumentos para ambientar la vivienda, hecho que le permite conformar familia como organización básica de carácter personal (Engels, 2008).

No hay suficientes escritos que permitan afirmar con seguridad, como era la organización social en épocas más antiguas a las de la era cristiana, pero “felizmente, el pasado nunca muere por completo para el hombre, se puede olvidar, pero siempre lo conserva en sí, pues tal como se manifiesta en cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes” (Coulanges, 1997, p.1).

La organización social originaria, no era el producto de una construcción política o jurídica como la que conocemos hoy en día, nuestras instituciones son el producto de una serie de revoluciones que han venido modificando ideas y creencias primitivas, como las que se tenían sobre la vida, la muerte, la trascendencia del alma o del cuerpo, en consecuencia si comparamos aquellas creencias con las posteriores leyes, encontramos que hubo inicialmente la conformación de una religión primitiva, alimentada por hábitos, ideas y costumbres, es así como se conformó la familia griega y romana y junto a estas organizaciones sus instituciones jurídicas, patrimoniales, sociales y culturales.

El hombre originario se preocupaba más por sus muertos que por los vivos, respecto de aquellos profesaba un sagrado culto tanto espiritual como material, cocinaban para sus antepasados enormes banquetes fúnebres a quienes ofrecían permanentemente para evitar que los muertos salieran de sus tumbas a acusar a los vivos de su negligencia procurando castigos, enviando enfermedades o esterilizando el suelo, hasta el restablecimiento de la comida fúnebre y poder quedar en paz con ellos quienes eran sus protectores, sus dioses, a quienes adoraban en una especie de religión o culto de los muertos (Coulanges, 1997).

Otra importante preocupación del hombre antiguo era el compromiso con el hogar donde desarrollaba toda actividad junto a su familia, siendo cabeza visible el padre de familia, quien representaba la autoridad y el encargado de celebrar los cultos religiosos tanto para sus antepasados como para su familia, este debía cumplir con la obligación de mantener un altar encendido a manera de pequeña hoguera, la cual debía permanecer viva permanentemente porque si se llegaba a extinguir se extinguía el hogar desapareciendo la familia y sus antepasados. Este fuego o llama ardiente, que denominaban sagrado, se le alimentaba con toda clase de ofrendas, se le adoraba, se le ofrecían sacrificios, se le pedía protección, salud, riqueza, felicidad, este altar era el símbolo de la vida sedentaria y se instituyó como un culto religioso, el del fuego sagrado (Coulanges, 1997).

Como se desprende de los planteamientos previos respecto de aquellas lejanas épocas, no medibles en el tiempo pero si en sus actos, el poder y las instituciones, no eran de índole colectivo sino de carácter particular propio de cada hogar, con creencias y costumbres fundamentadas en el culto a los parientes muertos para invocar su protección, de un lado y de otro en el culto al fuego hogareño como símbolo de vida, instituyendo una especie de religión “puramente doméstica”.

Señala Coulanges (1997), que los anteriores son antecedentes para la construcción de las primeras estructuras sociales en las civilizaciones o familias griega y romana, de allí surge el fundamento u origen de la sociedad en cabeza de la familia como institución política y como asociación religiosa más que parental, asentada en aquel lugar donde arde la llama sagrada, símbolo de vida y origen de la propiedad privada, por ser el lugar donde moran los antepasados quienes eran sus dioses protectores y donde se desarrolla la vida por ser el lugar que protege el fuego sagrado, es desde allí donde se va tejiendo una asociación de carácter religioso y construyendo el origen de la ordenación jurídica, conocido como el derecho doméstico religioso.

De esta manera son tres Instituciones que desde la más remota edad se encuentran fundadas y sólidamente establecidas en las organizaciones antiguas originarias de las sociedades griegas e italianas: a) la religión doméstica que se inicia con el culto a los antepasados y al fuego sagrado, b) la familia como unidad político social, en cabeza del

Jefe del hogar quien era el responsable del culto a sus antepasados y del mantenimiento al fuego hogareño y c) el derecho de propiedad por la necesidad de tener un lugar donde se asentaba el hogar como escenario protector de sus antepasados muertos y del fuego sagrado (Coulanges 1997).

Respecto de la propiedad privada hay que hacer una distinción dependiendo de la organización social que fuere, porque a pesar de que en la mayoría de los casos se reconocía, no siempre la propiedad privada hacía referencia a la propiedad de suelo, muchas razas reconocían la propiedad en los animales, los frutos, las cosechas, mas no la propiedad del suelo porque según ellos, este no era de nadie. En las sociedades griega y romana si existía una estrecha relación entre el altar donde ardía el fuego sagrado, la morada de los antepasados y la familia, por esta razón era necesaria la propiedad del suelo, porque de esa manera se aseguraba que la familia estuviera adscrita al hogar y el hogar al suelo, “este recinto, trazado por la religión y por ella protegido, es el emblema más cierto, el sello más irrecusable del derecho de propiedad” (Coulanges1997).

Señala Morgan (1984), que desde un punto de vista antropológico, en el neolítico el hombre se convierte en sedentario por el dominio que tiene sobre la naturaleza a raíz de la invención y uso de algunos instrumentos con los cuales cazaba y pescaba, por ello se da a la tarea de construir sus primeras formas de vivienda en diversos materiales como la arcilla, piedra o madera, el hombre descubre la agricultura, domestica animales, esto le permite establecer la primera estructura social, que fue la familia. Otros autores como Gordon Childe (1944), analizan el fenómeno histórico de la organización social sobre referentes antropológicos, como la llamada revolución neolítica, sosteniendo que la invención de la agricultura provocó el desarrollo de las primeras aldeas, con ella el sedentarismo y luego las primeras civilizaciones. En el lenguaje de los arqueólogos la organización social siempre fue un referente del ser humano por ser sinónimo de civilización y porque esta condición va creando a su vez elementos de coherencia tales como: la escritura, la fundación de ciudades de más de 30 hectáreas, con ellas la arquitectura monumental, la religión organizada, modelos de ocupación especializada que permitían la formación del trabajo, leyes, burocracia y educación (Watson, 2010).

Así como la tienda era para el árabe, la carreta para el tártaro, la casa que se cimentaba sobre el piso para proteger el hogar, era para las demás poblaciones antiguas de occidente, edificaciones que perduraban para toda la vida porque la propiedad no era de un solo hombre sino de una familia compuesta por antepasados y por los que estaban por nacer, así se consolidó la propiedad privada bajo principios y costumbres religiosas, mas no por el decreto de leyes civiles o leyes de la ciudad (Dionicio, citado por Coulanges 1997).

Esta propiedad del suelo de carácter sagrado por contener los dioses domésticos, estaba limitada por las tumbas de sus muertos y señalada materialmente por “términos”, eran señales físicas que se convertían en otros dioses encargados de definir los límites de la propiedad, esta especie de mojones eran sagrados, inviolables, inalienables e imprescriptibles se consideraba un sacrilegio que se pagaba con la vida no con la propiedad, de esta manera se protegía celosamente la propiedad privada sobre las tierras, hasta que se expidieron leyes civiles legalizando aquella tradición (Sículo & Goez, citado por Coulanges 1997).

Aquellos pobladores organizados en familias independientes unas de otras, cada quien con sus propios dioses y altares, cada hogar con su exclusiva propiedad privada, fueron poblando occidente al descender hacia Grecia e Italia conformando la “Raza Aria”, con la cual posteriormente se formarían los grandes imperios griego y romano. El proceso de formación de las ciudades fue el resultado de la necesidad de construir la vivienda que cada familia requería para la protección de sus tumbas, para garantizar la permanencia de su hogar y dentro de esta, el fuego de vida, el que debía mantener encendido todo el tiempo, alrededor del cual se congregaba la familia, en este momento el hombre ya había alcanzado enormes adelantos en materia agrícola y pastoril, circunstancia que permitió un sinnúmero de cruces raciales y la antesala de la civilización (Morgan 1984).

Lo anterior evidencia el comienzo del proceso de formación de las poblaciones que a pesar de ser considerablemente extensas, no obedecía a un ejercicio de tejido social que conformara una estructura social de orden colectivo, porque las familias no interactuaban entre si, por el contrario vivían aisladas unas de otras cada una encerrada

adorando sus propios dioses y desempeñando una gobernanza autónoma, particular para cada hogar, en cabeza de su jefe natural quien era aquel varón primogénito que reunía para sí poder religioso, político, familiar, etc., en ese orden de ideas y por aquel momento histórico de las ciudades antiguas, las poblaciones carecían de una organización social y de cualquier estructura de poder colectivo, como por ejemplo un estado con gobierno u otra estructura de poder social.

El orden social estaba regulado por la religión doméstica, todo giraba alrededor de sus preceptos resaltándose la prohibición absoluta de cualquier apariencia de comunidad, cada familia estaba separada de las demás y por más numerosa que fuera, su organización era hacia el interior fortaleciéndose y consolidándose como una gens, es decir como un enorme grupo familiar jerarquizado, en caso de existir extraños en su familia, estos fueron llamados clientes y servidores, cada gens era propietaria de su terreno prohibiéndose la enajenación, porque era el lugar donde reposaban las tumbas de sus antepasados, estas prácticas y costumbres duraron muchos siglos hasta en época de los Imperios, ello explica porqué Platón en su tratado de las leyes, prohibía al propietario vender su tierra (Platón, 2003). La aparición de grupos compuestos por individuos que no pertenecían a ninguna familia, o emancipaciones, también por la división de la propiedad para repartir entre hermanos, en oportunidades por la confiscación de bienes en razón a destierros, fueron permitiendo la venta del dominio, previo sacrificio a los dioses domésticos, circunstancia que facilitó la expansión territorial que poco a poco se fue legalizando en leyes civiles o de ciudad, como en el caso de las romanas que admitieron la enajenación con la condición de reservar eternamente la propiedad de las tumbas (Digesto, 1968).

Las organizaciones sociales en la antigüedad

Crecidas como estaban las poblaciones familiares, sus necesidades se hicieron cada vez mayores al punto de que cada familia no podía suplirlas de manera autónoma. Si bien es cierto que la religión doméstica prohibía a las familias mezclarse, las familias entendieron que sin necesidad de sacrificar nada de su religión, podían unirse a otras familias para la celebración de cultos comunes a ellas, así lo hicieron constituyendo lo que se llamó en lengua griega la *fratría* y la *curía*, en lengua latina (Dicearco, 2001).

Para el presente estudio es bien importante el análisis de estas figuras, porque son el punto de partida a la más elemental manifestación de organización social, dado que las fratrias o curías, tenían un altar común, un Dios común, allí se reunían las familias para deliberar, para llevar a cabo ritos comunes que eran presididos por un jefe, estas organizaciones eran como pequeñas sociedades que podían a su vez agruparse con otras fratrias o curías conformando de esta manera las tribus, que eran grandes asociaciones poblacionales con su propio gobierno, con sus propias normas, con su propio Dios y con un importante modelo de autogestión comunitaria. Es el momento histórico de la civilización, aquí aparece la escritura, se moderniza la agricultura y con ella el incremento de la producción agrícola, aparecen grandes descubrimientos, la arquitectura adquiere gran desarrollo y la población se urbaniza creando las primeras ciudades en sumeria, las primeras poblaciones en Grecia, las tribus itálicas, los germanos de Tácito, los vikingos, entre otros (Morgan 1984).

Esta época conocida por la escritura alfabética: a este estadio pertenecen los griegos de la época heroica, las tribus itálicas poco antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los normandos del tiempo de los vikingos. Ante todo, encontramos por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos, lo que hace posible la roturación de la tierra en gran escala, es decir la agricultura produciendo en las condiciones de entonces, un aumento prácticamente casi ilimitado de los medios de existencia por la transformación en tierras de labor y praderas, cosa imposible en gran escala sin el hacha y la pala de hierro, esto motivó un rápido aumento de la población, que se fue instalando densamente en pequeñas áreas (Engels, 2008).

Estados antiguos y uso del poder

Conformados los clanes y las tribus requerían de seguridad, estabilidad y una normatividad que les garantizara convivencia, por esta razón se fueron creando estructuras formales como las ciudades y los estados. De las evidencias encontradas se establece que estas organizaciones comenzaron a desarrollarse entre el año 8000 y el 1000 antes de Cristo, allí se encontraron los estados antiguos Orientales, el estado Griego y el estado Romano (Naranjo, 2010).

Los estados Orientales

Los Chinos, fueron tal vez la organización política más antigua data de unos cincuenta siglos, para el siglo XXIII antes de Cristo se conoció la dinastía Yía, con la cual se conformó el Imperio Chino (Liverani, 1995).

Los Egipcios, organización política que se desarrolló a partir del año 8000 antes de Cristo asentados en los valles del río Nilo, a través de su existencia se organizaron muchas dinastías hasta que los romanos por el año 30 antes de Cristo lo convirtieron en provincia de su imperio (Liverani, 1995).

Los babilónicos, que se constituyeron desde un comienzo como imperio asentado entre los ríos Tigris y Éufrates, se dividieron en las regiones de, Mesopotamia, Babilonia y Caldea. La capital del imperio fue Babilonia pero existían otras importantes ciudades como, Accad, Erec, Nínive y Ur, la mayoría de ellas fundadas aproximadamente hacia el año 3000 antes de Cristo, con poblaciones entre 20.000 y 60.000 personas y extensiones de terreno de unas 50 hectáreas (Liverani, 1995).

Los israelitas, habitantes del lejano oriente en territorio de la Palestina, establecidos hacia el siglo XIX antes de Cristo, compuestos por diversos cruces de razas, caracterizados por su profunda creencia religiosa, una dirección patriarcal que cedió en un estilo de gobierno monárquico (Liverani, 1995).

Los asirios, también constituidos en imperio por el siglo XI antes de Cristo, conformado por poblaciones residuales de terribles guerras y gobernados por un soberano a quien le debían temor y obediencia (Liverani, 1995).

Los persas, constituidos en Imperio entre los años 521 a 485 antes de Cristo, siendo el pueblo más poderoso en su época, el territorio estaba dividido en 20 provincias donde cada una estaba a cargo de un sápatra encargado de recaudar impuestos y con características de opresor (Liverani, 1995).

Cabe destacar como característica común de los antiguos Estados Orientales, que la mayoría de ellos eran Imperios gobernados por un monarca quien ejercía el poder de forma moderada, el comportamiento del gobernante no se caracterizó por el despotismo, hecho que permitió cierta práctica democrática, sobre todo cuando se trataba de tomar decisiones respecto de estados de guerra o paz (Kramer, 1968).

El Estado Griego

Las ciudades antiguas de occidente se caracterizaron por no tener una organización social, fueron durante muchos siglos grupos de familias que desarrollaban su vida al interior sin constitución de algún tejido social y cuando tales familias se agrupaban lo hacían únicamente por razones de protección, sin que esto significara una organización con estructura, poder e instituciones, en razón al arraigo religioso y costumbrista de cada familia. Sólo a partir de la conformación de Grecia cuyo ideal era de independencia y libertad, se estructuran las organizaciones sociales de carácter formal con poder, instituciones, clases sociales, leyes, formas gubernamentales en casos participación democrática, ejército y abnegación total de sus ciudadanos al estado, pero con garantía de independencia individual (García, 2000).

Grecia comienza a constituirse a partir de numerosos grupos de familias que habitaban lugares marítimos, quienes por razones de seguridad se reunían con un jefe común para deliberar y tomar decisiones conjuntas al respecto, conformaban asambleas que fueron creciendo hasta crear unos consejos en los que solamente participaban delegados llamados capitanes, quienes se reunían con el jefe de la asamblea, con el tiempo el jefe se hizo llamar Rey agrupando para sí poderes judiciales, religiosos y militares, pero controlado por el consejo, de esta manera se fue conformando el Estado ciudad griego, que según (Jellinek, 1999), era una asociación de ciudadanos unitaria, independiente, basada en leyes con autoridades propias y con un doble carácter, estatista y religioso. Hacia el siglo XVI antes de Cristo se asentaron en la isla de Creta, conformando varias ciudades entre las que se recuerda está Esparta, Egina, Eleusia, Delfos y Queronea.

Según Vladimiro Naranjo (2010), Grecia es invadida por los dorios, tribus que provenían de Europa central, quienes mantuvieron durante unos 600 años luchas con los antiguos griegos, sin embargo los pobladores del Ática resistieron el ataque Dorio y por razones de protección y unificación, conformaron la Polis conviviendo dentro de ella, para posteriormente emprender migraciones por la cuenca del Mediterráneo formando otras poblaciones semejantes a la Polis.

Esparta

Los Dorios que no hicieron ningún aporte cultural a la humanidad, se establecieron en Esparta, allí organizaron una sociedad clasista compuesta por tres grupos, los ciudadanos cuya función principal era el ejercicio militar, por periecos, pequeño grupo dedicado al comercio, la industria, eventualmente al servicio militar y por ilotas o esclavos, que eran la mayoría de la población, dedicados al cultivo de la tierra. Los Dorios expidieron una legislación con la cual aseguraban su unidad social y un régimen de oligarquía militar, pero con un carácter social por la repartición de tierras sólo para los Dorios, las que debían devolver al estado en caso de extinción de la familia (Formis, 2003).

En el sistema de gobierno los Dorios tenían dos reyes dedicados a quehaceres religiosos quienes se ejercían un control mutuo, pero los verdaderos gobernantes era un consejo de 28 ancianos llamado Gerusia y otra asamblea a manera de legislativo compuesta por los ciudadanos mayores de 30 años quienes aprobaban o negaban leyes. Estos dos grupos nombraban cinco ministros llamados Éforos, encargados de vigilar la vida privada de los pobladores y del cumplimiento de las leyes (Naranjo, 2010).

Atenas

Del Estado griego, sólo una pequeña ciudad de unos dos Km. cuadrados llamada Atenas, fue la que dejó un enorme legado para la humanidad, los atenienses tuvieron grandes pensadores que trabajaron para construir la llamada cultura griega, como Sócrates, Platón, Aristóteles, Anaxágoras, Zenón, Sófocles, Eurípides, entre otros, pero además crearon instituciones como la República y con ella la democracia que rechazaba

la discriminación entre ciudadanos activos y pasivos, esta práctica se extendió hasta la época de Alejandro Magno. La oligarquía también existió en Atenas, allí escogían a los ciudadanos por su riqueza y nacimiento, sin embargo concibieron la figura de la constitución, el poder del estado dividido en organismos similares al ejecutivo, legislativo y judicial, incursionaron en partidos políticos y establecieron sistemas de gobiernos locales, a los que Aristóteles llamó Estado-Ciudad (Cartledge & Spawforth, 2003).

Los atenienses antiguos o arqueos que huyeron de los Dorios, se alojaron en la Acrópolis protegidos por el Rey de esa población, cuando este murió acabaron con la monarquía e instituyeron la república dirigida por un arconte con periodo de por vida, posteriormente reducen el periodo a diez años, para luego elegir nueve arcontes con periodo anual. En época del arconte Basileo el poder lo ejercían los aristócratas llamados Eupátridas, posteriormente el arconte Dracón le entregó el poder al Areópago, grupo compuesto por los mismos Eupátridas, situación que cambió con Solón quien creó una Constitución de corte social por el año 595 antes de Cristo, estableció la democracia, creó el senado que era un grupo compuesto por 400 personas mayores de 30 años, conservó el areópago con los antiguos Arcontes y magistrados quienes velaban por el cumplimiento de las leyes y la moral, creó la asamblea del pueblo que se reunía semanalmente para ejercer funciones legislativas y administrativas (Cartledge & Spawforth, 2003).

El arconte Clístenes estableció un sistema de gobierno parlamentario al entregar el poder ejecutivo al senado, disminuyendo el poder de los arcontes y creando el ostracismo. Finalmente Pericles arconte militar, liberal y aristócrata, impuso un sistema político de gobierno liberal que le permitió a Atenas llegar al esplendor, la riqueza y el florecimiento de la cultura (Cartledge & Spawforth, 2003).

Atenas era una sociedad compuesta por dos partidos políticos, la oligarquía y la democracia, estaba dividida en clases sociales donde los ciudadanos sólo eran los Eupátridas aristócratas y los Híppies o alta burguesía, la demás población de clase inferior estaba compuesta por Demiurgos, trabajadores de ciudad, los Geomoros o campesinos y los esclavos llamados Metecos. Solón, acabó con los esclavos por deudas,

incrementó a los ciudadanos en cuatro clases determinados por su capacidad económica, tres de ellos pagaban impuestos, podían pertenecer al grupo militar y ocupar empleos públicos, los ciudadanos más pobres podían pertenecer a la asamblea del pueblo, pero no pagaban impuestos ni pertenecían al grupo militar (Cartledge & Spawforth, 2003).

Según Cartledge & Spawforth (2003), la democracia fue quizá uno de los mejores aportes de Atenas a la humanidad, junto con la división del poder en legislativo conformado por la Ecclesia y la Bulé, el ejecutivo por los nueve Arcontes y una especie de judicial en manos del Areópago. La Ecclesia era una asamblea popular con presidente elegido, participaban todos los ciudadanos hombres no extranjeros mayores de 30 años, se reunían semanalmente en un teatro o en el Ágora para ejercer funciones parlamentarias con tendencias de oligarquía o democracia. En aquel lugar cualquier participante presentaba un proyecto de Ley que debía ser aprobado por mayoría y luego ratificado por la Bulé que era una especie de tribunal constitucional conformado por 500 ciudadanos elegidos por sorteo, conformada la Bulé, se dividía en diez comités iguales o Pritanias quienes analizaban diariamente los proyectos de Ley por especialidad, de esta manera se crea el poder legislativo entre la Ecclesia y el Bulé, junto a los anteriores a manera de órgano judicial y en época del arconte Pericles el areópago pasó a ser un tribunal de casación para delitos con pena de muerte, finalmente el ejecutivo era ejercido por los arcontes quienes debían reunir ciertas cualidades, siendo escogidos por sorteo entre los ciudadanos y sometidos al control del legislativo de donde podía ser premiado o castigado hasta con pena de muerte.

El modelo político anterior era propio de Atenas, sin embargo en las ciudades o polis la organización política estaba conformada de igual manera para evitar excesos de poder personal. Este modelo de organización política de las ciudades fue estudiado por Platón quien proponía la república ideal con el objeto de satisfacer las necesidades del espíritu humano, concibió el estado como un hombre grande en el que existían los mismos elementos psicológicos que en el individuo, esta teoría fue criticada porque olvidó que el estado es un ente de actividad permanente, su parte Aristóteles teóricamente consideraba el Estado-Ciudad, como el mejor modelo de civilización para el ser humano, a quien consideraba un animal social por naturaleza (Naranjo, 2010).

El Estado Romano

En Roma al igual que en Grecia, se concibió la idea de Estado partiendo de una ciudad estado llamada Civitas, que tenía inicialmente una doble connotación: de un lado, consideraba al Estado como la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio, en virtud de un poder de mando comúnmente conocido como la Civitas y de otro, lo concebía como el conjunto de Instituciones políticas o la res pública (Bobbio, 1992). Más tarde cuando evoluciona la organización romana y se constituye en el más poderoso estado territorial de la antigüedad, "... identifica el poder de mando propio del gobierno con el Estado romano, haciendo de esta manera equivalentes la res pública y el Imperium, con lo que el elemento esencial del Estado para ese momento es el poder del mismo y no los ciudadanos" (Jellinek, 1999. P 82).

La conformación del Estado romano comenzó por la reunión de tribus provenientes de Europa central, entre ellos los Villanovanos, de los que luego descendieron los Umbríos, los Latinos y los Sabinos, para posteriormente constituirse en los llamados patricios, quienes estatuyeron novedosas formas de organización social y política. Inicialmente la sola participación del ciudadano en los asuntos del Estado, era razón suficiente para tomar decisiones de manera compartida con el Rey, por ello se decía que monopolizaba el poder con limitaciones. El monarca era designado por una asamblea o curiata de destacados ciudadanos conformada por treinta curias, donde cada curia representaba diez familias, el rey era ayudado a gobernar por el senado, grupo compuesto por 300 jefes ancianos, bajo esta especie de modelo democrático el Rey gobernaba conservando el poder político, militar, religioso, civil, e incluso decidía sobre la vida o muerte del ciudadano, esta forma de imperium estaba legitimada por la transferencia del poder proveniente del pueblo a través de Lex Regia, ya que el pueblo era su titular, pero el monarca debía garantizar la libertad y no inmiscuirse en asuntos propios de un clan (Bernal y Ledezma, 2006).

Los romanos crearon numerosas figuras de organización social para garantizar la justicia, sin embargo, esta concepción de estado mantuvo elementos en común que la hicieron una sociedad excluyente, por ser esclavista y por relegar a la mujer siendo un componente importante del elemento humano, de otro lado el Estado se concebía como

una persona jurídica. En aquella concepción de Estado donde a pesar de existir una pluralidad de órganos, el poder sólo se centraba en el Rey o Emperador quien recibía el mandato del pueblo, formando un modelo con poderes absolutos en manos del Príncipe con algunas limitaciones, que a decir de Ulpiano, el propósito era la búsqueda de la justicia siendo ésta la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho, es decir, garantizar que el hombre viviera honestamente, sin hacerle daño a otro y teniendo cada uno lo suyo.

Con el crecimiento de Roma finaliza la monarquía, estableciéndose un modelo de organización política llamado República, según esta organización inicialmente la población se dividió en cuatro clases, por un lado estaban los Patricios grupo oligarca, excluyente, considerado como el único pueblo romano razón por la cual podían ser senadores, cónsules, pretores, cuestores o jueces, adicionalmente tenían funciones militares. Luego de los anteriores, estaban los clientes, que eran hombres libres con derechos pero pobres, después de estos estaban los plebeyos o proletarios compuestos por emigrantes o personas que buscaban trabajo y sustento, estos carecían de derechos políticos y sociales, finalmente los esclavos quienes eran prisioneros de guerra y por ello tratados como cosas pertenecientes al patrimonio de los patricios (Naranjo, 2010).

En la época monárquica se vivía sin Ley, sin derecho y a voluntad del Rey quien se imponía por la fuerza, expidiendo leyes fundamentadas en la costumbre. Después de la monarquía se estableció un modelo político que vivió cuatro etapas, en la primera se consolidó la república luego de destronar a Tarquino el último Rey, la segunda caracterizada por la transformación de la anterior, en la tercera se presentó la rebelión de los plebeyos y la cuarta cuando la organización se convirtió en Imperio, en las tres primeras etapas se desarrollaron las grandes instituciones políticas que aún se conservan, como el senado, los comicios y las magistraturas (Crouzet, 1960).

La nueva organización política crea tres instituciones para el ejercicio del poder: la dirección de la República estaba a cargo de dos cónsules, dignatarios de las más altas calidades, elegidos para periodos anuales quienes concentraban el poder militar y civil, intervenían en decisiones colectivas y ejecutaban las decisiones de otros órganos del poder, aquel monopolio lo tenían los patricios donde diez de ellos llamados decenviros

asumieron el poder temporalmente a cambio de los cónsules. De otro lado estaba el senado conformado por 300 miembros elegidos por los cónsules pero ratificados vitaliciamente mediante voto popular, esta institución que a la postre adquirió gran poder, expedía decretos o leyes aprobadas por mayoría que no eran obligatorias, sin embargo el cónsul las acataba rigurosamente cuando se trataba de grandes decisiones, de igual manera en casos de emergencia o peligro dictaba decretos, nombraba dictadores temporales para conjurar crisis, en toda época nombraba los gobernadores de provincia, precónsules, generales del ejército, ejercía vigilancia sobre operaciones de guerra, relaciones exteriores, gestión de la hacienda, asuntos religiosos, controlaba las magistraturas y las asambleas, a través de las Auctoritas.

Con el tiempo la función senatorial fue compartida con los tribunos, que eran representantes y protectores de aquellos en asuntos relacionados con la suspensión o veto de leyes injustas en su contra, acompañaban como protectores de los tribunos, los ediles quienes con el tiempo desempeñaron funciones de policía (Casio, 2004, citado en Naranjo).

La última institución de carácter judicial, la ejercían inicialmente los cuestores quienes posteriormente se encargaron de manejar el tesoro público, eran elegidos dos por año, oficiaban como jueces y vigilaban los juicios penales, esta otra labor fue asumida posteriormente por el pretor. Luego de la expedición de la Ley de las Doce Tablas aparecen los censores, cargo ocupado inicialmente por los patricios pero luego compartido con los plebeyos, su función era la de determinar y vigilar los impuestos, al tiempo que vigilar la conducta de los ciudadanos (Naranjo, 2010).

Este conjunto institucional fue construyendo piezas jurídicas tan importantes como la Ley de las XII tablas, cuyo fundamento fue la compilación de normas consuetudinarias vigentes, a estas se suman los plebiscitos, la Lex Villia, la Lex Cornelia, la Lex Hortensia, la Lex Iulia, la costumbre, los edictos de los pretores particularmente el perpetuo, la actividad legislativa, la opinión de importantes jurisconsultos y el pronunciamiento de los magistrados, de esta manera se fue conformando el derecho romano que a su vez da origen al *ius gentium*, *ius honorarium* y el *ius civile*. Estas compilaciones sirvieron de base para más adelante promulgar el

llamado código de Justiniano, con el cual se crean nuevos mecanismos de control al poder mediante el ejercicio normativo, por cuanto se unifican las normas existentes y de paso le quitan a los pontífices y patricios el privilegio de expedir leyes (Cayo, 2001).

Las conquistas democráticas que beneficiaron inicialmente a los patricios y luego a los plebeyos, llevadas a cabo en época republicana y con las cuales Roma ejerció un gran poder, se perdieron en razón a crisis sociales, económicas, políticas, que desestabilizaron las instituciones y que dieron paso a una forma de gobierno imperial, donde el gobernante llamado emperador concentró en sus manos todos los poderes hasta que Roma cae desapareciendo su gran imperio, siendo reemplazado por un enorme Estado de anarquía, bancarrotas, usurpaciones y por la guerra con los barbaros, este conjunto de fenómenos permitieron su división, en imperio de oriente e imperio de occidente y el traslado de la capital a Constantinopla (Ferrill, 1998).

Tal y como se ha venido planteando, es importante observar la manera como se organizaron las sociedades griega y romana, por ser las primeras que establecieron modelos estatales fundamentados en sólidas instituciones al servicio de la organización estatal, a cambio de protección, democracia y libertad, a pesar de sus prácticas esclavistas. En el mismo sentido vale la pena analizar la concepción y ejercicio del poder el cual estaba afecto al Estado, a sus instituciones y a sus leyes, cuya práctica con contadas excepciones, se ejercía de manera desconcentrada coincidiendo con la posterior división tripartita del poder, esto con el propósito de evitar la tiranía del gobernante, circunstancia que garantizó el desarrollo y modernidad de la humanidad para ese momento por más de XVI siglos.

El Estado Medieval

Hay mucha controversia sobre si en la edad media hubo estado, sobre todo porque el proceso socio-político fue sumamente inestable, sobre el tema Bobbio (1992), en un comienzo consideró que allí no había estado porque no existía derecho, “la tecnificación del derecho público era la consecuencia natural de la concepción del Estado como Estado de Derecho” y productor de poder, “estado concebido

principalmente como órgano de producción jurídica, en su conjunto como ordenamiento jurídico”.

Sin embargo luego cambió de posición señalando que a pesar de lo dicho, en su análisis examina el tema desde otra perspectiva y considera que puede haber Estado si se considera “como un ordenamiento político de una comunidad, que nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna y externa” (Bobbio, 1992).

Pese a esto, la edad media fue una época importantísima para la humanidad, porque a pesar de la relativa pasividad del modelo económico feudal, fundamentando su riqueza en la propiedad de la tierra y la producción agrícola de autoabastecimiento, hacia su final en la llamada baja edad media, de manera simultánea se gestaba en las ciudades otros modelos productivos, sociales, políticos y jurídicos, no estamentales pero que fueron construyendo las modernas formas de convivencia humana. Haciendo una rápida descripción de la situación tenemos que la caída del imperio romano hacia el siglo V después de Cristo, fue el resultado de un proceso de decadencia en razón a la inestabilidad del gobierno por las guerras civiles, por la indisciplina y pobreza del ejército, por la baja actividad productiva y comercial, por el abandono del campo, el exceso de impuestos, por una corrupción generalizada de las costumbres y por las invasiones de los bárbaros que habitaban al norte de Europa, quienes eran pueblos compuestos por tribus germanas, entre los que se contaban los Nórdicos, los Ostrogodos, los Visigodos, los Burgundios, los Turingios, los Francos, los Vándalos, los Alemanes, los Lombardos, los Suevos, los Anglos y los Sajones, entre otros, es evidente que en estas circunstancias el poder obedecía a la fuerza y no al derecho, pues este cayó en decadencia, desde luego sin olvidar la existencia del derecho romano junto al reconocimiento de sus costumbres (Pirenne, 1983).

Los bárbaros en búsqueda de mejores condiciones climáticas y de seguridad, se fueron mezclando con la comunidad romana provocando un proceso de integración social y cultural, es decir, pareciera como si muchas de las tribus bárbaras hubieran encontrado entre grupos de habitantes romanos relaciones de identidad y parentesco, al punto que se generaron mezclas de integración social y cultural, por raza, parentesco,

dialectos o lenguas, como en un proceso de reacomodación, que con el paso del tiempo fueron generando nuevos grupos sociales unidos por los factores señalados, de esta manera, a finales del siglo V, Europa estaba dividido en Italia bajo el reino de los Ostrogodos , la Península Ibérica con los Visigodos, al norte los Francos, al sur los Burgundios, en las islas del Mediterráneo los Vándalos, en las Islas Británicas los Anglosajones, en Europa central las tribus germanas de los Sajones, Alemanes, Turingios y Lombardos, en el este europeo las tribus eslavas, al oeste los pueblos Bretones, Cántabros, Vascones y al sureste de Europa, en Asia Menor y nordeste del África el Imperio Bizantino (Naranjo, 2010).

Con la caída del Imperio Romano, aquellos grupos sociales se partieron en dos imperios, el romano de oriente y el romano de occidente, el primero también llamado imperio bizantino de carácter autocrático con gobernantes que concentraban el poder de manera ilimitada, tuvo gran auge y desarrollo, en sus inicios lo religioso estuvo profundamente influenciado por el cristianismo, en el campo jurídico se expidió una de las más importantes obras, el código de Justiniano con el cual se gobernó el imperio hasta su decadencia en el siglo XII, momento en el cual una parte del territorio se fue convirtiendo en feudalismo y con la otra se conformó el Imperio Otomano donde se erradicó el cristianismo para profesar el islam como religión (Crouzet, 1960).

Tanto en el imperio romano de oriente como en el de occidente, la iglesia católica que era una institución sólida y unificada jugó un papel definitivo, sobre todo con este último, porque de la mano del cristianismo algunas regiones, como los Visigodos, los Suevos, los Burgundios, los Francos, etc., grupos que quedaron del fraccionamiento del imperio romano de occidente, se fueron consolidando y con ella la subsistencia de los correspondientes monarcas junto a la nobleza, quienes para ese momento compartían el poder en su territorio con la iglesia, en virtud de pactos de conversión religiosa celebrados entre esta y el monarca.

El proceso que se presenta desde el origen de la edad media hasta el siglo VIII, se puede considerar como una etapa de transición, dado que en lo económico se fortalece el sistema de vida rural de producción agrícola y de autoabastecimiento, sustituyendo al esclavo por el siervo como factor de producción; desaparece el concepto

de ciudadanía para dar paso al sistema estamentario medieval, políticamente desaparece el sistema centralizado del poder, para dar lugar a una dispersión del mismo, acompañado de ideologías teocéntricas con culturas cristianas o islámicas, hechos que se llevaron a cabo hasta la parte baja de la edad media momento en que comienza su ocaso, por esta época las relaciones sociales se regían por una combinación jurídica entre el derecho canónico, el derecho común y el germánico. “La imagen del imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración de poder, determinó en parte probablemente, el nacimiento y el desarrollo, de los grandes imperios medievales” (Jellinek, 1999).

Luego de ese estado conflictivo, se logra la unificación de Europa gracias a la gestión de la dinastía carolingia donde se destacó Carlomagno, gobernante que expandió Europa occidental, llevando el territorio a un gran desarrollo económico, cultural, permitiendo el renacimiento de las ciudades y con ellas el comercio, adicionalmente garantizó la práctica cristiana por ser su gran defensor. El gran imperio carolingio se fue debilitando hasta su desaparecimiento en el siglo IX, en razón a la partición de sus territorios por parte de los monarcas herederos de Carlomagno, también a la embestida de nuevas invasiones, junto al importante papel que ejercía la nobleza en el manejo del poder que desde lo local permeó todo el territorio Europeo a través del modelo feudal con el cual el poder se atomizaría. Las nuevas invasiones duraron aproximadamente un siglo, hasta que en el siglo X se logró un nuevo orden en Europa mediante el establecimiento del Sacro Imperio Romano-Germánico, siendo esta una organización política que pretendía continuar la labor del imperio carolingia, que con su carácter supranacional coexistió con el modelo feudal desarrollando una función de carácter pacificador frente aquellas relaciones desiguales entre los estados o entre los señores y sus siervos (Crouzet, 1960).

Políticamente la edad media era de una estructura social rígida y piramidal, donde el Rey por fraccionar el poder terminó siendo un feudal más que delegó su soberanía a los señores feudales, quienes la ejercían de manera autónoma y onnipotente con el privilegio de expedir leyes en su feudo las que le permitían una serie de privilegios como condenar a muerte, ordenar privaciones de la libertad, imponer multas, acuñar moneda, conformar sus propios ejércitos, cazar animales, obligar a campesinos y

siervos que trabajaran para él en su feudo, en todo esto el esquema económico del sistema se fundamentaba en la tierra, cuya distribución eran latifundios agrarios con cultivos de autoabastecimiento y sistemas de trueque, pero en todo caso un modelo económico carente de rentabilidad, en esta estructura coexistían, el clero quienes eran los que rezaban, cuya importante característica consistía en una unidad ideológica o monismo en cabeza del Papa quien aspiraba a estar por encima del poder temporal del Rey; la nobleza, compuesta por feudales, señores y vasallos que eran los que luchaban como militares y los campesinos junto a los siervos de la gleba, quienes eran los que trabajaban (Crouzet, 1960).

En medio de aquel esquema social y político, hace su aparición la burguesía hacia el siglo XI, este era grupo particular desvinculado del rigor feudal, logra especial importancia en la historia de la humanidad por el protagonismo que posteriormente ejercería en el campo económico al generar una nueva forma de riqueza a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios, adicionalmente por crear un sistema financiero, por modificar la práctica política rígida estamentaria a una participativa, adicionalmente por construir un nuevo concepto de poder basado en novedosas formas de producción, al tiempo establece cambios en lo cultural al generar nuevas costumbres e ideologías, también provoca cambios en lo jurídico al construir una particular normatividad para su actividad, compilada a partir de usos, prácticas y costumbres, aquello permite la aparición de mecanismos propios del comercio como la moneda, los seguros, la letra de cambio y otros, que fueron regulados por la llamada Lex Mercatoria, instrumento jurídico privado de creación consuetudinaria norma adoptada por cuanto las leyes existentes del derecho canónico, el común y el germánico, no les favorecían (Artola 2001).

Socialmente se presentan cambios por la aparición de una nueva clase compuesta por artesanos y comerciantes quienes por su interacción modifican las relaciones laborales de acuerdo a las formas de producción, por aparecer otros tipos de puestos de trabajo diferentes a los ejercidos en los feudos, esta revolución convivió con el modelo feudal pero en un constante asecho hasta lograr su extinción y apropiarse del poder en todas sus formas. La vida del comerciante no fue tan fácil, en un comienzo su actividad no era de carácter estacionario, sólo existían encuentros en las ferias, hecho

que exponía su labor a grandes dificultades por el transporte, la seguridad y los exagerados impuestos que se fijaban, se consideraba aquella actividad como de origen peligroso, para los miembros de la realeza no estaba bien vista esta ocupación, la iglesia católica en principio condenó totalmente la actividad por considerarla pecaminosa dado que la ganancia conducía a la codicia, el interés igualmente lo prohibía por ser una práctica usurera, finalmente condenaba a los mercaderes que comerciaban con los infieles, luego decidieron proteger a los comerciantes, bendecirlos e incluirlos dentro de su comunidad cristiana, de esta manera la iglesia fue abandonando su participación en la vida feudal para ir penetrando en el mundo mercantil, de hecho bajo esta concepción aparece la orden de los templarios (Artola, 2001).

Los anteriores hechos permiten un cambio total a partir de la baja edad media, la sociedad transforma su pasividad hacia un gran dinamismo, el que permitió un crecimiento poblacional compuesto por individuos más cultos y con la garantía de su libertad individual, en esa medida las ciudades florecen con un dinamismo económico y una concepción de la riqueza diferente a la posesión de tierras, basada en la producción de excedentes para su comercialización, acompañada por una cultura de riesgo financiero, fortalecida por el ahorro y la aparición del dinero como factor de cambio y valoración, en general en una especie de pequeña economía capitalista. Cabe señalar que al interior de este grupo burgués existía una especie de categorización entre grandes y pequeños burgueses, los grandes fueron penetrando el mundo de la nobleza para ganar poder, mediante estrategias como el préstamo de dinero, el enparentamiento con miembros de la nobleza, la compra de tierras, acogiendo al campesinado que salía de los feudos, entre otros (Koschaker, 1955).

Junto a las normas consuetudinarias de los comerciantes, coexiste otra regulación jurídica basada en la interpretación y aplicación del derecho romano no contextualizado a la época, hecho que permitió múltiples interpretaciones por cuenta de los juristas quienes alcanzaron gran protagonismo frente al monarca, este fenómeno se conoció como *Mos Italicus* al cual se opuso una creciente corriente jurídica caracterizada por un racionalismo humanista fundamentado en la protección del individuo, que por el siglo XVI y siendo antecedente del *Ius Natural*, se basó en el derecho romano para luego de contextualizarlo, evitando una interpretación exegética,

exploraban las razones históricas que tuvieron los creadores del documento para esa época, trayendo dichos principios a fin de aplicarlos en la solución de los problemas contemporáneos. De esta manera aquello que se conoció como el *Mos Gallicus*, antecedente del *Ius Natural* del siglo XVII, recogió los fundamentos del derecho romano, los glosó conforme a la realidad social de la época medieval, los expuso ordenadamente y los aplicó auxiliándose del método deductivo, a manera de un racionamiento filosófico jurídico (Koschaker, 1955).

Esta transición sociopolítica y económica, dio paso a una dispersión jurídica utilizada por cada uno de los actores en el escenario social, de un lado los mercaderes y artesanos se regulaban en su actividad por la *Lex Mercatoria*, al tiempo coexistían el *mos italicus*, el *mos gallicus*, el *ius natural*, el derecho imperial y el derecho canónico. Tanto el derecho canónico como el imperial no sólo jugaban un papel garante de paz, sino que también era un instrumento de lucha por el poder, tal situación exigió la producción de gran cantidad de normas que eran interpretadas de acuerdo a la conveniencia del gobernante laico o religioso, para ello aparecieron numerosos y grandes juristas cuyo papel era el de interpretar prudentemente el derecho y apoyar en ese sentido al gobernante, no existía un tercero neutral capaz de garantizar derechos individuales, por el contrario, se libraban luchas por el poder entre la iglesia y los feudales, entre el papa y el rey, por cuanto en este modelo estamentario coexistían dos formas de poder: el de la iglesia católica caracterizado por una unidad política y doctrinal y el otro, el de los demás estados feudales cuyo ejercicio de poder era particular y autónomo, la iglesia siempre pretendió estar por encima de todo tipo de Estado como en una especie de monarquía teocrática, por este motivo siempre hubo una lucha de poder entre la concepción del poder divino en cabeza de la iglesia y la del poder temporal en cabeza del rey, fenómeno conocido como la teoría de las dos espadas, donde uno de los principales exponentes fue San Agustín quien concibió un Estado divino y un estado terrenal, haciendo esta separación por lo pecaminoso del Estado terrenal fruto del pecado, pero necesario para mostrar la grandeza divina, hasta cuando el Estado divino aplastó el Estado terrenal. “el Estado está fundado por Dios o por la providencia divina por consiguiente, todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización” (Jellinek, 1999).

Hacia la parte baja de la edad media, aparece el Sacro Imperio Romano Germánico que se extendió a todo el territorio del centro y parte del sur de Europa, su propósito fue el de continuar con los lineamientos del Imperio Carolingio buscando constituirse como unidad de poder político, cumpliendo una acción pacificadora entre sus miembros a manera de organismo supranacional. Este Imperio de gobierno monárquico no fue considerado propiamente como Estado, estaba conformado por otros estados que conservaban su independencia y autonomía, pero agrupados bajo fundamentos católico cristianos, tal influencia católica hacía que los emperadores del Sacro Imperio fueran nombrados por el papa, circunstancia que a la larga generó graves conflictos entre este y aquellos para finalmente imponer la voluntad papal y esta manera continuar con el enorme dominio que tenía sobre el poder temporal del emperador (Angermeier, 1984).

A pesar de que el Sacro Imperio Romano Germánico jugó un importante papel de unificación, lentamente se fue desatando una corriente bélica de enfrentamientos por el poder de dominación de unos estados sobre otros, del Imperio sobre los estados miembros y de la iglesia contra todos los grupos, pretendiendo cada quien establecerse de manera hegemónica buscando ventajas sobre los demás. Aquel caos obligó a suscribir el tratado de Westfalia hacia el siglo XVII, con el cual se alcanzó una independencia religiosa frente a la iglesia católica, mayor autonomía de los estados quienes dejaron de pertenecer al Imperio, recomposición estatal en el sentido de que los pequeños estados fueron absorbidos por otros más poderosos, pero sobretodo, un perdón y respeto mutuo entre las organizaciones estatales, el poder político que durante muchos años estuvo repartido entre la iglesia, los estados y el Sacro Imperio Romano, pasó a concentrarse de manera autónoma en los estados (Angermeier, 1984).

Desde lo jurídico, aquella reorganización estatal permitió el nacimiento de cierta tendencia a respetar las libertades individuales, no como garantía de las mismas dentro del sistema, sino como un fundamento teórico al posterior pensamiento liberal, es así como en 1215 aparece la Magna Charta, posteriormente en 1628 se expide la *Petition of Right*, en 1679 se concibe el *Habeas Corpus* y en 1689 el *Bill of Rights*, estos documentos se consideraron piezas jurídicas de transición entre el modelo medieval y el modernismo político. Hacia el ocaso de la edad media aparecen nuevas teorías sobre el Estado señalando que es garantía para el hombre en comunidad, con un gobernante

ocupado permanentemente en la búsqueda de la paz y la unidad social, este es el fundamento del Estado moderno en cuya participación jugó un papel importante la Iglesia a través de Santo Tomás de Aquino, quien en su obra pregonaba el racionalismo de la teología, combinando la filosofía aristotélica con la doctrina cristiana (Angermeier, 1984).

Haciendo un resumen de lo planteado hasta este momento tenemos que en general existen dos formas de ejercer el poder en las organizaciones sociales, de un lado encontramos las de derecho estructuradas como Estado y de otro las organizaciones más informales donde el poder es de hecho, entendiendo que el poder es una manifestación sociológica con tintes políticos y jurídicos. “El poder es la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos” (Bodenheimer, 1994 p.17), o como señala (Nietzsche, 2004) refiriéndose al ejercicio del poder, justificándolo como la fuerza motivadora básica de la naturaleza y la sociedad humana.

Pese a lo afirmado hay que tener en cuenta que no siempre donde hay Estado el poder es legítimo o de derecho, ya que la legitimidad depende de si hay consentimiento de los gobernados, caso en el cual el poder sería de derecho, pero si en un Estado el poder no es aceptado por los gobernados, este se torna de hecho, tal es el caso donde a pesar de ser el poder un elemento del estado, hay estados donde el poder fue ejercido de manera despótica.

En las sociedades primitivas el ejercicio del poder tenía un propósito de satisfacción colectiva, fundamentándose en la sumisión y conformismo que indicaban las tradiciones religiosas, así que las familias se reunían para la celebración de cultos comunes a ellas, lo hicieron constituyendo lo que se llamó en lengua griega la *fratría* y la *curía*, en lengua latina, allí se ejerció un poder aceptado por la comunidad controlado por las costumbres.

Con el transcurrir del tiempo, por la evolución de las organizaciones sociales, la necesidad de integración, autonomía y protección, el poder se individualiza en manos de aquel que fuera el más fuerte, más estratega, más sabio o espiritual, sin embargo este

tipo de liderazgo normalmente era carente de legitimidad, circunstancia que lo hace temporal, inestable y no controlado ya que estaba determinado por la fuerza material o espiritual, tal es el caso del poder que ejerció la iglesia en cabeza del papa, donde sometía las poblaciones a su pensamiento religioso, a las reglas y conductas establecidas por el papa, en ese mismo orden de ideas encontramos el poder incontrolable ejercido por los feudales sobre sus súbditos, el poder despótico-teocrático ejercido en los estados orientales, y el mismo poder ejercido por el emperador en Roma junto al de los Estados absolutistas que aparecen hacia el ocaso de la edad media (Aldrich, 2001).

Con la aparición de los estados modernos, influenciados por principios aristotélicos e ideas liberales, el ejercicio del poder es uno de los componentes del Estado y su origen deja de ser individual para estar radicado en el pueblo, el poder adquiere un matiz de legitimidad expresado como poder público donde el pueblo soberano le hace al gobernante una concesión de ejercicio para que tanto este como los gobernados estén sometidos a sus reglas. “Los gobernantes no ejercen un poder que les pertenece personalmente sino que pertenece al Estado y la colectividad puede imponer límites que considere necesarios a través de los mecanismos propios del Estado” (Burdeau, 1982).

Los Estados absolutistas

El profesor Naranjo Villegas (2010), señala que el paso del modelo medieval de índole feudalista al Estado absolutista-nacionalista, fue un proceso que comenzó lentamente en el siglo X, bajo dos hechos importantes, de una parte la aparición del renacimiento en la alta edad media y de otra por el surgimiento de la clase burguesa que introdujo cambios en los modelos económico y políticos, provenientes de la práctica de actividades productivas en el campo del comercio y la producción artesanal, cuyo crecimiento se lo impedía el sistema feudal, pero que podía ser garantizado por la naciente monarquía absolutista con la cual celebró pactos de colaboración, para proteger la práctica mercantil de aquella rigidez social propia de la estructura feudal que mantenía una economía autárquica y cerrada, pero con cantidad de impuestos que los feudales imponían a sus tierras.

La burguesía con su modelo de producción capitalista fue adquiriendo un impresionante poder económico, pero necesitado de apoyo y protección institucional para operar libremente su práctica mercantilista, este hecho llevó a los burgueses a celebrar alianzas mutuas con las nacientes monarquías, que se legitimaban con el objeto de unificar los pueblos, tarea que logró inicialmente Francia donde derrotaron la estructura feudal de Borgoña, le siguieron de alguna manera España, Inglaterra, y Rusia, entre otros. Estas actividades unificadoras venían acompañadas de teorías emanadas por los pensadores de la época, como Santo Tomás de Aquino con la suma teológica, Dante Alighieri con su tratado sobre la monarquía, Juan de París con la potestad real del Papa, Maquiavelo con las teorías sobre el príncipe, los seis libros de la república de Bodino, el leviatán de Hobbes y Bossuet con la política según las sagradas escrituras, estos pensadores plantaron profundas ideas sobre lo que se conoció como la secularización del poder, es decir el desprendimiento del concepto del poder divino para llevarlo al plano natural y humano, de esa manera desligar a la iglesia de toda intromisión al poder para con ello lograr más autonomía al Estado y permitir sobre esta institución una supremacía capaz de generar la autoridad suficiente que infundiera estabilidad en sus estamentos y a sus gobernados (Naranjo 2010).

En el proceso de conformación del Estado moderno jugaron papel importante la política, la economía, el componente social, el aspecto jurídico, el político, etc., que fueron necesarias para el logro del propósito. Sobre el tema, dice (Verdú, 2005 & de la Cueva, 1975) citando a Maquiavelo (2011), que esta corriente absolutista forja una línea de pensamiento político básicamente en cabeza de Maquiavelo, en virtud de la cual se busca secularizar las ideas políticas independientemente de quien esté ostentando el poder, es decir desacralizar el pensamiento político-religioso, agrega que para Maquiavelo, lo importante es contar con un príncipe que sea capaz de salvar a Italia, expulsando los bárbaros y consiguiendo la unidad del Estado, en este sentido Maquiavelo es quien habla por primera vez del Estado moderno.

En esta oportunidad social y política de la humanidad, se toma e instrumentalizan las técnicas jurídicas del derecho romano para fortalecer el poder, con ello se forja el concepto de soberanía frente al feudalismo agregando un nuevo elemento al concepto de estado, presentando profundos cambios en la relaciones socioeconómicas, pues

aparecen nuevos estilos de riqueza basados en el mercantilismo los cuales golpean fuertemente las formas de producción agrícola del feudalismo, al generarse una mayor movilidad en el mercado y un cambio en el escenario productivo, de esta manera se trasladan los modelos de producción del campo al sector urbano implicando un cambio en la concepción del poder, regresando a manos del rey con poderes absolutos quien de manera exclusiva se ocupa de los asuntos estatales, rodeado para ello de una nobleza a su servicio desapareciendo por esa circunstancia la nobleza guerrera medieval (Verdú, 2005; de la Cueva, 1994).

Secularización, concentración de poder, burocratización, dominio de las fuerzas armadas, son ingredientes que todos sumados van acrecentando la patria o nacionalidad basada en las tradiciones y creencias comunes predominantemente religiosas, sin prejuicio de la variedad y del pluralismo social, estamental, profesional y de la diferenciación de costumbres, usos, lengua, instituciones y derechos tradicionales, dentro de un mismo territorio, lo cual desemboca en la estructura del Estado absoluto.

En medio de este proceso renacentista, aparece Nicolás Maquiavelo, (1469-1527), quien influenciado ideológicamente por las ideas secularizadoras del poder y políticamente por modelos de transformación feudal al absolutismo monárquico, ocurridas en Francia, España e Inglaterra, además profundamente preocupado por el estado de corrupción, desorden y dispersión en que se encontraba Italia, plantea de manera precisa una serie de estrategias encaminadas a enseñar a gobernar y a lograr la unificación de su país, partiendo de un análisis del hombre en comunidad, tal como se hacía en Grecia y Roma, para encontrar la manera de gobernar.

En su obra, no se ocupa de la organización de Estado ni de sus aspectos externos, sino que entendiendo que los hombres son débiles e insuficientes por sí mismos, como para repeler la agresión de otros hombres, encuentra indispensable construir una nación fuerte, sólida, unitaria, capaz de garantizar la seguridad de la vida y la propiedad, máximos fines del ser humano, así que dejarla en manos de una autoridad omnipoderosa como el caso el Príncipe es la alternativa, quien ha de ser capaz de producir las normas necesarias que combatirían la corrupción, razón que le asiste para proponer un sistema de gobierno monárquico.

Señala Mario de la Cueva, refiriéndose a Nicolás Maquiavelo:

Maquiavelo fue un hijo de su siglo, pero fue, al mismo tiempo, el fundador revolucionario de la ciencia política moderna, no solamente porque separó el estudio de los principados y repúblicas de la teología, sino también porque fue el primer renacentista que continuó el método aristotélico y analizó los problemas del poder político tal como se daban en la realidad, y porque, además, fue él quien apartó la ciencia política de la ética tradicional para estudiarla en armonía con los hechos diarios de la vida de Florencia, con la cual, la ciencia política se transformó en una ciencia de la vida, destinada a determinar, con plena autonomía las bases de la organización de los principados y repúblicas (De la Cueva 1975).

Contemporáneo con Maquiavelo e influenciado por las teorías aristotélicas sobre el fin del Estado y la organización familiar, aparece el francés Juan Bodino, (1539-1596), con un aporte importante y novedoso respecto de la teoría de la soberanía como un atributo jurídico propio del poder del estado. El concepto de la soberanía del Estado como característica propia de este y no del gobernante, dice Bodino (1997), que se rescata de entre la maraña teológica, a pesar de ser partidario de la Ley de Dios, lo presenta como el elemento común a todos y fundamental en las relaciones políticas de la organización social, bajo el cual es posible proferir leyes de regulación, de carácter individual o colectivo, con una legitimidad tal que no es posible pedir autoridad de nadie para su validez, en esta medida el poder soberano es independiente, indivisible, autónomo, permanente, absoluto, reconocido por los demás estados y perpetuo, el cual puede ser ejercido en cabeza de una persona, que para el gusto del autor ha de ser un monarca. En la obra de Bodino, citado por de la Cueva, señala que este modelo de Estado es importante porque inicialmente “ofrece las primeras definiciones modernas de la república y de la soberanía”; segundo “es la reafirmación de la independencia absoluta y perpetua del poder temporal de la república”, con esta declaración los pueblos, principados y repúblicas, cobraron conciencia definitiva de su independencia y de su poder político, el pueblo, la aristocracia y el rey, hicieron gala de su libertad. La tercera característica radica en el “hecho de que el poder político sólo puede predicarse de un ser vivo dotado de una voluntad real” (De la Cueva 1975).

Otro importante pensador influenciado por Maquiavelo y Bodino, concibe el Estado como un hecho natural distanciándose y criticando totalmente la concepción divina del poder político en manos de la Iglesia, agregando que el hombre se debe acoger al Estado y dentro de este al soberano en búsqueda de protección (Thomas Hobbes, 2012), su obra el Leviatán compara al Estado o república con un hombre ficticio de gran poder físico y enorme tamaño, cuya misión es la de defender y proteger al individuo, en él los órganos y funciones del cuerpo humano son como los del Estado, señalando que la soberanía es como su alma. Hobbes considera que el hombre es por naturaleza imperfecto y malo, está en constante controversia y conflicto por naturaleza, por ese estado resulta ser lobo del hombre; ante esta realidad se hace necesario que por razones de conveniencia y voluntad se ha de construir como a manera de convención un estamento pleno de poder con un soberano capaz de someter a los ciudadanos, quienes a su vez no han de ejercer control alguno sobre aquel por cuanto sus actos que son de carácter público, son justos por el propósito que persigue, cual es el establecimiento de la paz.

El absolutismo es una palabra que en su acepción significa “no atado a las leyes” pero que políticamente es una ordenación basada en un poder político ilimitado, por lo general ejercido por una sola persona, en este modelo consideran muchos de los autores, que es allí donde se presenta el verdadero estado porque aparte de constituirse como una institución necesaria de carácter natural y humano, creada para la protección, el desarrollo del individuo, el progreso y la consecución de la convivencia en paz, es aquí donde el Estado cuenta con unos elementos más definidos que lo hace una entidad autónoma e independiente cargada del poder suficiente para el cumplimiento de sus propósitos.

El Estado moderno nació en forma monárquica, tenía su justificación en la medida en que la lucha contra las superpotencias “internacionales y contra las fuerzas internas que se oponían a la unidad de los reinos, tenía que ser dirigida por alguien, siendo ese alguien la monarquía, de donde se deduce que los pueblos caminaron su unidad al mismo ritmo de las generaciones reales”. El Estado absolutista fue novedoso en la medida en que se construyó a partir de una realidad social de cambio y sirvió para los intereses del momento, caracterizados fundamentalmente en la búsqueda de la unidad y

cohesión social, de una parte, pero de otra por la secularización del poder, sin embargo fue una construcción de muy poca duración por su naturaleza arbitraria, ya que se dedicó al servicio de los intereses particulares del monarca (Jellinek, 1999).

El derecho Indiano

Un hecho importantísimo para Europa fue el descubrimiento de América, tal evento acontecido en la baja edad media movilizó la organización social, económica, cultural, política, jurídica, etc., de la región europea. En esto la iglesia Católica juega un papel protagónico por cuanto se abroga el derecho ideológico de evangelizar la población aborígen a cambio de entregársela al reinado de Castilla, los descubridores en principio se ponen en la tarea de distribuir el territorio insular y estructurar una organización similar a la que políticamente se estaba viviendo por aquella época en gran parte de la península ibérica, donde había un enorme desarrollo de la vida en las ciudades, esta concepción absurda, aplicada de forma imperial para una humanidad en condiciones tan primitivas e inferiores incluso a la convivencia rural medieval, se transformó en atropello contra los pobladores por considerarlos animales objeto de domesticación y esclavitud, sin ninguna clase de participación, desconociéndoles sus costumbres, cultura y organización, ejerciendo un poder fundamentado en la fuerza y la violencia (Levaggi 2002).

Al acabar con las costumbres y la cultura aborígen, los invasores europeos importan y aplican una normatividad basada en el llamado derecho común que para esa época se utilizaba en Europa, como a manera de *mos Itálico tardío*, fundamentado en la fusión del nuevo derecho romano y el derecho canónico, pero aplicada bajo criterios de interpretación propios del derecho tradicional medieval, que era vulgar, cruel y desproporcionado, contrario al vigente entre ellos el cual buscaba el sentido natural, la equidad y la razón jurídica, sin embargo es pertinente señalar que según las circunstancias la aplicación normativa y su interpretación dependían de a quien estaban dirigidas, bien fuera para un Español o un nativo. Explica Levaggi (2002), que en las Indias se implementó un sistema jurídico complejo llamado *Corpus Iuris Indiarum*, el cual estaba compuesto de una parte por el derecho Español y de otra por el derecho canónico, el primero a su vez estaba compuesto por el derecho castellano y el derecho

Indiano que se dividía en peninsular y criollo, de allí resultaba la legislación local compartida con algunas costumbres. El segundo estaba compuesto por el derecho canónico general o universal y el Indiano que a su vez se dividía en pontificio y criollo.

El derecho aplicable en nuestras tierras era exclusivamente el derecho castellano, hasta cuando por orden real se le dio prioridad a la normatividad creada para nuestras comarcas presentada bajo dos versiones: uno correspondiente al derecho Indiano peninsular, compuesto por el conjunto de normas dictadas desde España a manera de normas marco de mayor jerarquía, de más fácil consulta, tales son los casos de las capitulaciones o contrato firmado con Colón y los conquistadores, las bulas del papa con las cuales cedían los territorios de América a los reyes de Castilla, el impuesto llamado encomienda, la otra versión correspondiente al derecho Indiano criollo, conformado por normas provenientes de autoridades locales, de extensa aplicación por cuanto regulaban temas de policía, justicia, economía, aspectos relacionados con los indios, trabajo, comercio y delitos. Estos principios jurídicos con el tiempo y por la influencia de personajes como Antonio de Montesinos, Francisco de Vitoria quienes criticaban el maltrato a los indios, dan paso al derecho natural como fundamento del derecho indiano, con ello se liberan los Indios, desaparece la encomienda, se asume una conducta pacificadora y se respeta prioritariamente el particularismo local, política que no duraría mucho y hacia el siglo XVIII se le volvió a dar más importancia al poder peninsular, expidiéndose gran cantidad de normas a través de ordenanzas con las cuales se conformó la primera constitución indiana correspondiente al derecho público que contempló una profunda reorganización institucional, le dio mayor poder y protagonismo a los españoles peninsulares sobre los llamados criollos, pero su aplicación no fue tan fácil por la diversidad de culturas, costumbres, hecho que dio lugar a aplicar preferentemente un derecho consuetudinario (Levaggi, 2002).

Hasta aquí se ha planteado el derecho indiano en general, pero el derecho de los indios tuvo dos condiciones, de una parte se buscó irregularmente respetar las costumbres indígenas incurriendo en el inconveniente de entenderlas a todas por igual sin distinguir la cultura particular de cada una, por otro lado, se estableció una especie de codificación cuya aplicación se hacía en el siguiente orden: derecho indiano fuertemente influenciado por el derecho canónico, las costumbres indígenas admitidas,

derecho castellano y doctrina jurídica local, con esto se procuró un respeto por las comunidades indígenas gracias al papel de protección ejercido por Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas, quienes se ampararon en el derecho natural. El derecho indiano se erigió como toda una institución en la península Ibérica, al punto que la corona creó un órgano de máxima autoridad para estos temas, conocido como el Consejo de Indias, quienes proferían la famosas partidas que eran una especie de contrato entre la corona y los pobladores de estos territorios (Beuchot, 1965).

Posterior a esto se va construyendo el llamado derecho latinoamericano, cuyas bases resultan de las ideologías que para la época se venían desarrollando en Europa y Estados Unidos, fundamentadas en el liberalismo ideológico que trae como efecto práctico la declaración de los derechos del hombre seguido de las tareas independentistas en la primera parte del siglo XX, sin embargo esta construcción se vio profundamente influenciada e intervenida por las potencias para quienes Latinoamérica resultó ser su patio trasero. Luego del siglo XVIII donde hasta ese momento existía una homogeneidad jurídica en Latinoamérica acompañada de sendos conflictos regionales, comienza a tener algunas particularidades en lo social y lo jurídico pero conservando tradiciones académicas europeas y últimamente norteamericanas, hoy se busca una integración respetando las diferencias en razón a la dinámica internacional (Beuchot, 1965).

De los estados absolutistas a los estados liberales

La humanidad ha ido girando como en espiral para dejar a su paso grandes logros, al tiempo profundas enseñanzas que van ajustando su recorrido hasta lograr una mejor forma de vivir o como decía Platón hasta encontrar la felicidad. El Estado moderno fue novedoso en la medida en que se construyó por una realidad social de cambio y sirvió para los intereses del momento, caracterizados por la búsqueda de unidad, cohesión social y por la secularización del poder.

Señala el profesor Vladimiro Naranjo (2010), que las monarquías absolutas lograron la unidad de los estados, fortaleciéndolos económicamente por influencia de la corriente mercantilista, generando un ambiente de grandes manifestaciones artísticas y

culturales cuyo modelo de gobierno centraba el poder en manos del monarca, circunstancia que generó reacciones de la clase burgués, quienes fueron construyendo teorías contractualistas que revaluaron el iusnaturalismo, permitiendo novedosas ideas liberales plasmadas en documentos llamados constituciones y logrando reemplazar la monarquía absoluta por un sistema de gobierno liberal-burgués. Posteriormente se desata toda una corriente renovadora de cambio, encaminada a romper con los Estados Absolutistas para dar paso a la concepción del Estado liberal, fundamentado en la razón natural de Voltaire, junto al contractualismo social y democrático de Rousseau.

Si los dos últimos siglos de la Edad Media produjeron la quiebra de las potencias universales, la Iglesia y el Imperio y a través de ella la independencia de los pueblos, el siglo de las luces causó la quiebra del absolutismo de los reyes y de la nobleza, la declaración de los derechos naturales del hombre y del ciudadano, una declaración equivalente a la idea del gobierno del pueblo, formado por hombres iguales, para la libertad de todos los seres humanos, como la democracia de los ciudadanos, devino la base sobre la que se elevarían los derechos del hombre: la igualdad y la libertad (De la Cueva, 1975).

La corriente liberal tiene su desarrollo en el siglo XVIII, pero encontramos antecedentes en el siglo XI en pensamiento del monje Alemán Manegold de Lautenbach (1082), quien señalaba que el poder residía en pueblo y el gobernante lo adquiriría mediante pacto con aquel y en caso de que se convirtiera en tirano debía ser destituido por incumplir el pacto, pero acompañan en esta postura por época medieval, Juan de Salisbury (1160), Santo Tomás de Aquino, Guillermo de Occam, Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa. Los Iusnaturalistas Mariana, Althusius, Grocio y Pufendorf, consideraban que la sociedad y el gobierno nacían de un contrato en un estado natural previo (Uprimny 2000).

Más adelante, influenciado por Hobbes, aparece el padre de Iusnaturalismo y precursor del convenio social, el Inglés John Locke, pensador político posterior al nacionalismo estatal pero anterior al contractualismo, agudo conocedor del poder político en la sociedad como forma de protección y desarrollo de grupos de interés, con un pensamiento basado en la manifestación libre del individuo. Locke, en

contraposición al absolutismo monárquico, pregona la libertad del individuo y con ello da inicio al pensamiento liberal, pero de alguna manera es excluyente en sus concepciones, pues el poder lo concibe en beneficio de aquellos que tienen algo que proteger, referido a su riqueza, en consecuencia la organización debe existir por la voluntad natural de sus ciudadanos manifestada de una manera libre, privilegiando sus intereses y sobretodo gobernada por alguien al servicio y consentimiento de los súbditos. En esta medida Locke es el precursor del iusnaturalismo liberal y protector de la burguesía industrial, con una concepción de estado no muy clara por contener elementos del absolutismo, pero particularmente incluye como elementos novedosos, la libertad y concesión de los hombres para la construcción del Estado, un gobernante ya no absoluto sino al servicio y voluntad de los intereses de sus asociados y sobretodo la manifestación libre de la voluntad de los asociados hasta para gobernarse y ser gobernados (Sevilla, 2011).

En los planteamientos contractualistas, históricamente se sigue Jean Jacques Rousseau quien lejanamente influenciado por Locke y luego de una serie de obras escribe el contrato social, documento que comienza por defender la libertad del hombre del que dice vive en un orden social fundado en convenciones, son los asociados quienes en su calidad de pueblo comparten intereses comunes a cada ciudadano pero sometidos cómo súbditos a las leyes del Estado, esto implica el rechazo de la fuerza como elemento creador del derecho. La obra de Rousseau dice Maurice Hauriou, que a pesar de ser el Estado un organismo social estructurado comparado con una empresa, no siempre el efecto de la consensualidad es el contrato, la teoría rousseauiano tuvo gran importancia influyendo ideológicamente en las grandes revoluciones, particularmente en la Americana, su contenido rompe con la dependencia y sometimiento del individuo hacia la voluntad del gobernante para reconocerle su libertad natural.

Esa concepción de Estado contemporáneo se considera importante en la medida que pone de presente la libertad del individuo en su manifestación natural y de la misma manera mediante el pacto social sienta las bases para la construcción del Estado que ha de ser un estamento internamente soberano en la voluntad del pueblo y externamente protector de la intromisión de otros estados. Este ente jurídico llamado Estado está dirigido por gobernantes elegidos bajo una expresión de voluntad democrática, quienes

han de estar sujetos a esa misma voluntad que se expresa a través de leyes que a su vez regularán autónomamente las relaciones de poder entre gobernantes y gobernados y cuya estructura comprende unos elementos determinados por su propia naturaleza, concepto que hoy en día se concibe, según el art. 1º de la Convención de Montevideo del 23 de diciembre de 1933, la que fue firmada por Colombia, de la siguiente manera:

- La población permanente, elemento presente en todas las formas de organización social pero que para el caso se dirige voluntariamente a la construcción social del Estado bajo una manifestación natural y libre, teniendo un común denominador relacionado con elementos de identidad personal o social, como lengua, raza, parentesco, etc. Este ente posee unas instituciones garantes de su permanencia y continuidad “son los sujetos que pertenecen a un Estado” (García, M. 1985).
- El territorio tiene varias concepciones según el aspecto que se quiera destacar, podía ser aquel lugar donde ha de tener asiento esa población organizada, cuyo espacio comporta autonomía, o como señala Duguit, que el territorio es el perímetro al interior del cual el Estado ejerce su función.
- Gobierno, se concibe como la acción de una autoridad para imponer una línea de conducta, una idea, una política, a los pobladores del territorio, con el objeto de satisfacer sus necesidades. (Porrúa F. 1982).
- Capacidad de tener relaciones con otros estados, circunstancia que requiere el cumplimiento de los anteriores elementos, a fin de ser reconocido como tal, para en esa medida ser ente protagónico en el concierto internacional.

Permanentemente vienen surgiendo nuevas corrientes políticas y novedosas ideas sobre el Estado, las relaciones de poder, las instituciones estatales, los fines que debe perseguir el Estado, etc., este modelo ha generado las grandes desigualdades sociales por su carácter excluyente en la dinámica de su ejercicio y porque las relaciones entre los individuos están en constante dinamismo.

No se había terminado de construir el modelo contemporáneo de Estado, cuando ya muchas corrientes ideológicas estaban conceptualizando sobre el mismo y proponiendo sendos debates sobre aspectos relacionados como los siguientes:

- El poder manifiesta que su legitimidad es la obediencia, el consentimiento libre, expresado consciente o inconscientemente por parte de los gobernados frente a los gobernantes en razón a una madurez colectiva, no cree que la fuerza sea factor determinante para sostener la legitimidad, lo anterior hace que un gobernante es como un caudillo. En conclusión la legitimidad es un producto social que se va construyendo a través de los años y rechaza la fuerza como principio de poder, no acepta la legitimidad originada en la revolución, rechaza el fascismo y lo que llama mentira o engaño político.
- En criterio de Max Weber (2006), lo común a todas las formaciones políticas es el empleo de la fuerza, lo diferencia el modo y el grado en que se usan o amenazan usar dicha fuerza contra las demás organizaciones políticas, la expansividad no se da en igual medida en toda formación política, algunas veces se lucha por la expansión exterior de su poderío o por mantener un contingente de fuerzas dispuestas a adquirir poderío sobre otros territorios o comunidades, mediante la anexión o colonización de los mismos. Está empíricamente demostrado que las reivindicaciones de prestigio han tenido su origen en las guerras.
- Weber habla de un expansionismo mediante diferentes mecanismos, bien sea por la fuerza, por el convenio, por el poder económico, por el arrebato de tierras a los campesinos, por el poder intelectual, etc., como mecanismo de poderío y conformación de Estado, adicionalmente manifiesta que la nación no es institución claramente definible, no puede consistir en la reunión de cualidades empíricas comunes a sus miembros, en el caso del lenguaje común la nación no se identifica con el pueblo de un Estado, es decir con los miembros de una comunidad política dada, la unidad lingüística puede no ser suficiente para promover una solidaridad nacional, más bien participa de los grandes valores culturales de las masas, igual ocurre con los credos religiosos, de otro lado la

solidaridad nacional puede surgir fundamentalmente, del recuerdo de un destino político común con otras naciones, como entre los alsacianos y los franceses desde la guerra revolucionaria representativa de una época heroica común. Weber le da importancia al ordenamiento legal, señalando que puede ser un aval del poder el que es ejercido por un jefe carismático que mantiene su poder mediante la fuerza.

- Herman Héller (1955), concibe el Estado como organización de poder con “una función objetiva llena de sentido pero que no siempre concuerda con los fines subjetivos de los hombres que lo forman”. El Estado solo se puede explicar por la totalidad de nuestro ser social, justificándose por la totalidad de un ser aceptado en nuestra conciencia moral, no solo cuando se aplican criterios humanos de justicia sino también en los casos en que su consagración aparece basada en la voluntad divina, con la necesidad de separar lo jurídico de lo antijurídico para el logro de un Estado moderno que alcanza el más alto grado de seguridad jurídica, el status social de derecho e integrado por órganos dedicados al establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo.
- George Jellinek (2012), señala que el Estado existe por ser un fenómeno natural propio del ser humano o el Estado se justifica porque viene a ser una institución necesaria e histórica que permite explicaciones sólo de carácter ético o jurídicas que lo justifican como necesidad religiosa, física, jurídica moral o necesidad psicológica, sin embargo hace críticas a cada una de ellas, sentando una posición respecto de su justificación en la medida que garantice los fines que persigue en beneficio de la colectividad, de tal manera que un Estado estático fundamentado en criterios históricos, naturales o psicológicos es una institución que no justifica su razón de ser, llega a este razonamiento luego de compartir la ideología contractualista pregonada por Protágoras, los Epicúreos, Ulpiano, Hooker, Gierke, Hobbes, Rousseau, hasta Kant, como se ve, importantes partidarios de dicha tesis, sin embargo el autor la crítica, porque de una parte carece de base histórica confiable pero de otra, parte de una concepción falsa del derecho por existir sin organización social.

Por la época y participando de estas nuevas corrientes ideológicas, influenciado por la organización social Inglesa, el señor Charles Louis de Secondat (1669-1755), conocido como el barón de Montesquieu publica una importantísima obra denominada, el espíritu de las leyes, con la cual propone la división del poder público del Estado, justificando su razón en cuanto que si legislativo está unido al ejecutivo en un mismo cuerpo, no hay libertad porque cualquiera de estos puede expedir y hacer cumplir leyes tiránicas; cuando el poder judicial no está separado del legislativo, la vida y libertad de los ciudadanos estarían sometidas a una práctica arbitraria porque en este caso el juez sería al tiempo un legislador, pero si se une al ejecutivo su función sería la de un opresor. De esta manera el tratadista crea la teoría de los frenos y contrapesos con el cual se logra un equilibrio o balance de poderes por el cual cada uno de estos sirve de control a los demás, circunstancia que a decir de Montesquieu garantiza la libertad, seguridad de los ciudadanos y su protección contra los abusos de poder, dado que este ejercicio estaría regulado por leyes y órganos especializados que las harían cumplir.

Hoy día la teoría de la separación de poderes tal y como la concibió Montesquieu viene teniendo transformaciones de aplicación práctica, en razón a que los estados van cambiando, es decir los fundamentos de la teoría se mantienen como garantía del estado de derecho y racionalización del poder público, pero no se pueden aplicar como originalmente fueron concebidos por la multiplicidad de funciones que hoy tiene el Estado, donde el rol de sus organismos no es puro ejecutivo, puro legislativo o puro judicial, sino que el buen desarrollo de la actividad institucional exige una racional colaboración. (Sáchica, 1996).

Karl Loewenstein (1976), señala que con la división de poderes los ciudadanos salen beneficiados, pero esa original separación de poderes actualmente corresponde a una distribución de determinadas funciones asignada a diversos órganos del Estado. Dentro de esta discusión sobre la separación de poderes uno de los órganos más sensibles es el judicial cuyos operadores deben gozar de la independencia suficiente como para controlar jurídicamente a los otros dos órganos, pero adicionalmente tener la imparcialidad suficiente en la solución de conflictos entre particulares o entre estos y el Estado.

La independencia de los jueces debe ser observada desde dos puntos de vista: debe haber independencia respecto del ejecutivo y el legislativo, sin importar que de ellos dependan los recursos financieros con los cuales el sistema se sostiene e incluso no puede haber interferencia entre el sistema judicial y la obligación que tiene el ejecutivo de garantizar pronta justicia en el país, por otro lado debe haber plena independencia vertical, esto es, los superiores jerárquicos no pueden interferir en las decisiones que va tomando cada operador dentro de su competencia, lo cual garantiza independencia absoluta de carácter jerárquico. La imparcialidad en la aplicación de justicia, es la garantía de igualdad que frente a la Ley tienen los ciudadanos en un Estado de derecho y más aún en un Estado social de derecho, razón por la cual los operadores judiciales deben ser abogados titulados de profesión, entrenados permanentemente en programas impartidos por prestigiosas facultades de derecho, con una importante experiencia en el ejercicio profesional, pero sobre todo, deben ser personas de una conducta intachable y enorme comportamiento ético (Naranjo, 2010).

Luego del planteamiento llevado cabo en este primer capítulo, cuyo propósito fue el de describir la manera como la humanidad se fue organizando, social, política, jurídica, económica y culturalmente, además ver cómo iba creando las instituciones necesarias para justificar el manejo del poder y la creación de riqueza, a través de sus diferentes épocas, queda claro que el ser humano a lo largo de la historia ha visto la necesidad de la convivencia social, ya por razones de protección o de desarrollo, de colaboración, o por intereses económicos, familiares, culturales, no importando en muchos casos tener que sacrificar su individualidad, identidad, verse sometido o sujeto a intereses particulares, destinar su capacidad en beneficio colectivo para diseñar las técnicas, estrategias y habilidades necesarias capaces de conseguir los fines sociales de igualdad, desarrollo, justicia y paz requeridos para garantizar su bienestar y permanencia como especie.

CAPÍTULO III

LA ACTIVIDAD MERCANTIL: RIQUEZA Y FUNDAMENTO DE PODER

En el capítulo anterior se veía cómo a través de la historia de la humanidad, particularmente en Occidente, la población fue creando modelos de organización social acordes con su realidad histórica, capaces de garantizar seguridad, protección, estabilidad, ayuda, en general un mínimo de condiciones para la existencia y conservación de la raza humana. En aquella tarea surge una necesidad de liderazgo encaminada a evitar situaciones anárquicas al interior de la comunidad, función ejercida en oportunidades por un individuo o pequeño grupo de individuos, en otras, la tarea se repartía entre la colectividad con el propósito de procurar sentido de pertenencia y conciencia general de responsabilidad, pero en definitiva en estos procesos sociales repetidos hasta nuestros tiempos, siempre ha estado presente el ejercicio del poder, independientemente de que hubiere logrado o no su fin natural.

En este segundo capítulo veremos como un pequeño grupo humano, que en sus comienzos era socialmente insignificante y poco representativo dentro de la estructura política de la época, fue construyendo paralelamente al sistema una novedosa forma de organización social, cuyo inicial eje de liderazgo fue el de tener la capacidad de generar riqueza como una forma de poder económico, para luego ir a la conquista del poder político, propósito que alcanzo y que ha perdurado hasta nuestros tiempos en razón al monopolio poder en que se ha constituido, para lo cual se rodea de sofisticadas instituciones, una jerarquización de reglas jurídicas, especialización de funciones y funcionarios al servicio de tareas sociales procurando, al menos teóricamente satisfacer las demandas de la comunidad.

Modelo económico de autoabastecimiento

Los modelos de poder y su manejo se han presentado de diversas maneras, en oportunidades se concentra en cabeza de un individuo, como en el caso de los imperios o ejercicio del poder absolutista cuya legitimidad se reducía a la voluntad del gobernante, pero en ocasiones el poder era repartido en formas de gestión colectiva estableciendo para ello instituciones capaces de solucionar las necesidades de la

colectividad, mediante la ejecución de políticas públicas. Ahora bien, cuando nos referimos al poder estamos pensando en términos de fuerza, capacidad, dominio, sobre algo o sobre alguien, puede ocurrir que sea sobre el direccionamiento de una comunidad de individuos como en el caso del poder político, pero en otros momentos donde el objeto es la satisfacción de necesidades como alimentación, vestuario, vivienda, salud, recreación, ocupación, etc., su logro exige una sólida estructura productora de bienes y servicios, la que a su vez demanda grandes inversiones, que en términos económicos son sinónimos de riqueza.

Sin embargo el poder al interior de una comunidad es multidisciplinario e integral, esto quiere decir que si su ejercicio está encaminado a producir satisfacción y felicidad, entonces los elementos que le componen se deben presentar de manera coordinada, de tal forma que lo económico fortalezca las estructuras políticas, pero estas a su vez han de garantizar la presencia de un consistente modelo económico-productivo; es como si lo económico fuera transformando las políticas públicas, pero estas a su vez van asegurando la generación de riqueza capaz mantener un sólido aparato productivo de bienes y servicios, suficiente para satisfacer las necesidades de la colectividad (Duby, 2009).

Como lo señala Georges Duby (2009), hasta antes de la baja edad media lo económico aunque existía, no era fuente de poder ni de riqueza como lo conocemos hoy día, toda vez que ese aspecto se sustentaba en unos medios de producción suficientes como para asegurar medianamente el consumo, en una concepción económica de autoabastecimiento, no generadora del excedente necesario capaz de permitir el tráfico comercial, por lo menos así ocurría en occidente ya que oriente siempre se caracterizó por elaborar sofisticados productos o explotar ciertos recursos naturales con los cuales traficaba hacia el resto de Europa estableciendo rutas de comercio como la de la seda.

En las sociedades antiguas el origen del poder emanaba de la fuerza o de esta junto a la estrategia y al parecer la riqueza no era factor particularmente determinante de dominio colectivo, al comienzo de la edad media la estructura política se fundamentaba en unas relaciones de dependencia, servilismo, colaboración, era una estructura estamental y jerarquizada que basaba su riqueza en la posesión de tierras, hecho que no

era factor determinante de poder social, tampoco elemento multiplicador de riqueza, solo estaba como garantía de las relaciones serviles e instrumento de producción agrícola de auto abastecimiento, trabajada exclusivamente por uno de los grupos sociales, los campesinos, quienes sostenían a los ociosos caballeros y clérigos, para quienes la vida era un continuo gozar sin costo alguno, despreocupados de generar cambios sociales, vivían como en un letargo social de acomodamiento vegetativo (Hobsbawm, 1978; Merrington, 1975).

La actividad mercantil como fuente de riqueza

Según Hobsbawm (1978), el anterior panorama económico y social se mantuvo igual por muchos años, sin embargo el tránsito de esta estructura político económica fue dejando una serie de fisuras que con el tiempo se convirtieron en el motor impulsor de un cambio tan radical que hizo desaparecer el sistema estamental. No toda la población de la época vivía en el feudo, existían pequeños grupos humanos a los que se les permitía vivir fuera de este lugar a cambio de contribuciones económicas que pagaban al señor feudal, estos grupos se dedicaban principalmente a labores diferentes de las agrícolas lo que les permitió comenzar una incipiente pero diferente forma de sostenimiento económico, a partir de una producción y comercialización artesanal de bienes y servicios incrementando la actividad productiva, este aspecto permitió el aumento de la población que se fue estableciendo en lugares llamados burgos conformando pequeñas ciudades y adoptando en casos sus propias reglas de convivencia.

Aquellos grupos se denominaron inicialmente guildas, estaban compuestos por la unión de trabajadores y comerciantes con el propósito de ayudarse mutuamente, por preservar su imagen, por procurarse apoyo y asegurar la conservación de intereses comunes, de allí salen aprendices compañeros y maestros, quienes fueron el insumo necesario para la conformación de unidades artesanales de producción, cuya actividad les permitía la posibilidad de conformar un patrimonio compuesto por bienes muebles e inmuebles que compraban y vendían libremente, actividad que junto a las cruzadas cristianas, dieron origen a la cultura mercantilista estimulando un nuevo modelo generador de riqueza que se fundamentaba en el intercambio, de esta manera se fue

dejando poco a poco la vieja concepción de riqueza radicaba en la tierra. Con el naciente modelo generador de riqueza, aparecen modernos instrumentos documentarios necesarios para facilitar las operaciones mercantiles, en el mismo sentido florece toda una cultura y logística mercantilista propia, conservada y administrada por los comerciantes, quienes pasan a ser como una especie de nuevo grupo social.

Pese a que en la era medieval, toda Europa central era de modelo feudal bajo un sistema de producción agrícola de autoabastecimiento, hubo regiones que nunca abandonaron la práctica mercantilista por su posición geográfica y cultural, tal es el caso de Venecia ciudad mediterránea a través de la cual siempre circuló todo el tráfico de mercaderías provenientes de oriente e introducidas al resto de Europa, esta práctica permanente de los venecianos y de otras poblaciones del sur de Italia, hicieron de aquellos habitantes grandes hombre de negocios, incluso en plena actividad cruzada. Otro caso de practica permanente mercantilista, fue el de las ciudades costeras del norte quienes por su facilidad de transporte se dedicaron a la explotación pesquera, maderera y otros productos para ser intercambiados o negociados con los orientales, de esta manera en principio se conformaron centros de comercialización en el norte y sur de Europa, para posteriormente estacionarse al interior de esta, creando grandes centros de comercialización, que llamaron ferias donde se comercializaba tanto al por mayor como al por menor.

Hacia el siglo XV, las ferias lograron un gran apogeo, se organizaron como gremio, monopolizaron toda la actividad mercantil productora de riqueza, quien quisiera comercializar debía pertenecer al gremio e inscribirse en cada feria, pagar por ello a cambio de seguridad, respaldo, protección ante los señores feudales con quienes en oportunidades tenían convenios. Con la aparición de las ferias se traen algunos fundamentos jurídicos contemplados en el código de Hammurabi, como la implementación de intereses, el depósito como contrato, la actividad de comisión, algunos aspectos generales de transporte, otros como los créditos documentarios o cualquier otro instrumento de crédito y pago, particularmente el dinero, junto a todo esto aparecen los cambistas quienes facilitarían aún más los intercambios, se unifican las pesas y medidas, se mejoran los caminos, en general se crea toda una logística de soporte a la actividad mercantil, cuya responsabilidad estaba a cargo exclusivo de los

comerciantes y sus agremiaciones, organizaciones que aún se conservan como Cámaras de Comercio, federaciones y confederaciones de las mismas (Pirenne, 1983).

En esta descripción, el modelo generador de riqueza cambia sustancialmente, ahora la producción de riqueza es más dinámica, está basada en el dinero y junto a esta manera de enriquecimiento se van transformando los modos de convivencia social y política, si el modelo feudal era paquidérmico, rígido, sinónimo de encierro, el modelo mercantilista era liberador, sinónimo de libertad para transitar, libertad y equidad para pagar sus impuestos, libertad y autonomía para enriquecerse, rompe con el monopolio de la propiedad, permitiendo de paso una participación cada vez más activa del comerciante en los asuntos de poder.

Por aquella época la forma de hacer negocios tenía dos especies de prácticas, de un lado estaban los que se celebraban en las bolsas de comercio de Londres, de otro, las que se llevaban a cabo en ferias permanentes locales y en las grandes ferias periódicas de carácter cuasinternacional, donde los acuerdos, pagos, garantías, entregas, pesos medidas, créditos, transportes, depósitos y demás condiciones negóciales, se regulaban por un conjunto de usos y costumbres creadas y adoptadas por los mismos comerciantes al interior de las agremiaciones, cuya práctica era rigurosamente acatada, su violación acarreaba sanciones contempladas en la misma agremiación las que eran impuestas por cónsules, de esta manera se iba compilando una especie de jurisprudencia que junto a las reglas, usos y costumbres, conformaron lo que se denominó la Lex Mercatoria o Ley de los comerciantes, caracterizada por ser una normativa propia y libre de las influencias del derecho romano o del derecho canónico (Cadena, 2001).

La anterior forma negocial tenía un carácter oficial, sin embargo y en voz baja, existía el negocio social, aquel que de manera sutil se acordaba alrededor de una taza de café, por ejemplo en la Calle Nueva o en la plaza de San Agustín en Cádiz, donde concurrían gran cantidad de comerciantes, se hablaba discretamente de negocios, de pronto alguien lograba un gran negocio, también se especulaba de tal o de cual letra de cambio a cargo de una casa, se comentaba sobre el tráfico de letras, se especulaba sobre la solvencia u honor de un colega, se restablecía el crédito del librador de una letra de cambio y con ello la conservación de su honor, en el mismo sentido se podían aclarar

dudas entre comerciantes para evitar pleitos, dirimir amistosamente conflictos etc., todo esto sin recurrir al formal conjunto de usos y costumbres mercantiles, pero con plena validez y respeto negocial como en una especie de cultura mercantil. Estas formas sociales de negocio lograron muchísima importancia local, al punto que el conjunto general de usos y costumbres pasó a ser una fuente secundaria de regulación mercantil, ya que para el comerciante resultaba más conveniente por su imagen social y negocial, reparar bilateralmente los eventuales daños ocasionados que exponerse a un ocasional pleito del cual salía con dudosa imagen, posando de ser conflictivo, hecho que le acarrearía animadversión y desprecio (Goff, 2013).

El poder de la organización empresarial

Aquel movimiento mercantilista permitió el crecimiento de la población, se desarrolló el sistema de producción en talleres artesanales agrupados gremialmente, se empleaban novedosas herramientas de trabajo junto a procesos y procedimientos propios de la época. A partir de aquello comenzaron a transformarse las formas de convivencia social dando paso a un transcurrir libre de sometimientos, ejerciendo las actividades laborales de manera diferente a la vieja dependencia medieval de producción agrícola, estimulando el desarrollo de la vida urbana, con lo cual se consolida la formación de un nuevo grupo social denominado burguesía, quienes se daban sus propias reglas de convivencia al tiempo que hacían presencia con gran capacidad de decisión en los centros de poder político y social, todo este escenario sienta las bases para un nuevo modelo económico, social y político (Duby, 2009).

Otro aspecto que comenzó a destacarse con aquellas nuevas formas de producción, fue la de ir mejorando las herramientas de trabajo, hasta que el señor James Watt descubrió una nueva energía diferente a la fuerza del hombre y el animal, energía que se basó en el vapor y con ella la creación de la máquina de vapor, dando paso a lo que se llamó la Revolución Industrial, este descubrimiento provocó la desaparición de los talleres artesanales, toda vez que la producción se fue centrando en lugares llamados factorías donde se especializaban y tecnifican los sistemas de producción, logrando de esta manera un incremento considerable en el excedente objeto de intercambio generador de riqueza, al paso que se iba estimulando la producción tecnológica. El

panorama anteriormente descrito genera grandes revoluciones, inicialmente hace desaparecer el viejo sistema político-económico medieval, al tiempo que estimula la aparición de un nuevo grupo social quien poco a poco se va apropiando del poder económico, para posteriormente arrebatarse el poder político a la clase dirigente del momento, representada en los gobiernos absolutistas (Duby, 2009).

Según Escudero (1997), la Revolución Industrial, fue transformando todas las estructuras sociales, económicas, políticas, culturales, laborales, etc., de un enorme grupo social, compuesto por naciones del viejo continente y las recientes americanas, dando paso a la aparición de los comerciantes, nuevo grupo social representativo del poder económico fundamentado en una filosofía de libertad, circunstancia que les permitió grandes privilegios como el de regular sus actividades bajo particulares principios, reglas, usos con lo cual se fueron conformando exclusivas normas de regulación, permitieron la constitución de monopolios económicos, implementaron una nueva forma de convivencia social, estimularon el crecimiento demográfico de la población, transformaron los modelos de producción de bienes y servicios junto a las relaciones laborales, cimentaron sólidas bases para una permanente producción e innovación tecnológica, pero sobretodo se apropiaron del poder político, fundamentado en criterios de libertad para ponerlo al servicio y respaldo de sus intereses.

Esta Revolución Industrial, económica y política, trae consigo grandes reformas en la concepción del poder político, partiendo de la desacralización de este y rompiendo con los esquemas absolutistas del mismo, por estas razones aparecen novedosos pensamientos sobre la concepción del poder como, su ejercicio libre e ilimitado, la división tripartita, los conceptos de Estado de derecho, la estructuración institucional, la aparición de partidos políticos, el principio de igualdad para las personas por la cual los comerciantes dejan de ser un grupo privilegiado para a partir de ese momento someterse por igual a las normas de los demás, principio que permitió la codificación del derecho mercantil.

Influencia del poder empresarial en la sociedad

Lo político

Si bien es cierto que los cambios políticos se gestaron en la Revolución Francesa, también es cierto que los antecedentes de aquella se encuentran en la Revolución Industrial, donde sus manifestaciones políticas tenían un efecto social ya que el ejercicio del poder se encaminaba a permitir modelos productivos sin mayor injerencia del gobernante en dichas prácticas. El modelo político de aquella época en cabeza del monarca bajo un gobierno absolutista y fortalecido por alianzas internacionales con otros gobiernos de la misma corriente ideológica orquestado por el gobierno inglés, se orientaba más a la conservación de las colonias tanto de Inglaterra como de los demás países europeos, al tiempo que permitía libertad a las nuevas revoluciones tecnológicas y de producción, hecho que fue aprovechado por la naciente burguesía, propietaria del poder económico, para concebir nuevas ideas de estado y gobierno, las que se materializarían más adelante en la revolución francesa, bajo la concepción ideológica de la Ilustración.

Entre los pensadores de la época sobre la nueva concepción de Estado encontramos las ideas de Jhon Locke (1999), un agudo conocedor de la importancia del poder político en la sociedad como forma de protección y desarrollo de grupos de interés, con un pensamiento basado en la manifestación libre del individuo. Según Locke, en contraposición al absolutismo monárquico, se pregonaba la libertad del individuo y con ello el origen al pensamiento liberal, pero de alguna manera excluyente en sus concepciones, pues el poder lo concibe en beneficio de aquellos que tienen algo que proteger, referido a su riqueza, en consecuencia aquella organización debe existir por la voluntad natural de sus ciudadanos manifestada de una manera libre, privilegiando sus intereses y sobretodo gobernada por alguien al servicio y consentimiento de los súbditos.

En esta medida Locke es el precursor del Iusnaturalismo liberal y protector de la burguesía industrial, con una concepción de Estado no muy clara el cual contiene elementos del absolutismo, pero adicionalmente incluye como elementos novedosos, la libertad y concesión de los hombres para la construcción del Estado, un gobernante no

absoluto sino al servicio y voluntad de los intereses de sus asociados y sobretodo la manifestación libre de la voluntad de los asociados hasta para gobernarse y ser gobernados. Junto a Locke, vale conocer las ideas de Max Weber (2006), quien concibe el Estado como el resultado de unas relaciones de poder visto desde todos sus frentes, desde lo político, hasta el económico, etc. Además de los anteriores, hay numerosos pensadores sobre el tema pero a manera de concepción un poco más moderna del Estado quisiéramos citar a G. Jellinek, quien concibe el Estado de dos puntos de vista: el Estado como realidad jurídica y el Estado como realidad social.

En Latinoamérica particularmente en Colombia, el efecto de la Revolución Industrial en lo político no tuvo mayor significancia, porque en estas tierras existía una marcada influencia de la gobernabilidad española, la cual estaba orientada a imponer grandes impuestos al tiempo que fortalecía la vida rural (Contreras, 1987).

Lo económico

Es evidente, que con la Revolución Industrial el tema económico se ve influenciado por las ideologías liberales, cambiando prácticamente la estructura económica de los estados, dado que anteriormente lo económico se alimentaba de un modelo agrícola de autoabastecimiento, sin embargo lo agrícola también se vio beneficiado de la tecnología cuando por razón al descubrimiento de América se implementa la cultura del maíz grano llevado de América hacia Europa, hecho que favoreció una mayor producción agrícola y ganadera, aclarando que por primera vez aquella producción genera un excedente que favorece el intercambio para un mayor poder adquisitivo en los campesinos, lo que trajo como efecto un mayor consumo e incremento poblacional (Furtado, 1987).

Otros pensadores alimentan el proceso económico, entre ellos tenemos a Adam Smith con su obra la riqueza de las naciones y David Ricardo con el principio de economía política y tributación. Maurice Baslé (1993), citando a Adam Smith señala que este luego de hacer un estudio sobre la génesis del bienestar económico en su país y otros de la región, destaca como la riqueza se fundamenta en los medios de producción, entonces se propone hacer una análisis sobre la nueva estructura laboral, incluyendo

todos los factores que ello implica como los nuevos puestos de trabajo, los criterios para la determinación de los salarios, el uso e importancia de la moneda como factor determinante en la facilidad del tráfico mercantil, particularmente la negociabilidad de los bienes producidos destacando como de gran importancia el ejercicio individual y libre en la acumulación de riqueza, convencido de que es el camino más apropiado para el logro del bien común, a través del fortalecimiento empresarial.

David Ricardo, quien fundamenta sus teorías a partir de un reproche que hace a Adam Smith para luego presentar un estudio pormenorizado sobre salarios, impuestos de toda clase, relaciones internacionales mercantiles, naturaleza de la renta, valor natural y mercantil de los productos, entre otros. Respecto a la producción afirma que depende de la cantidad de trabajo empleado restándole importancia su valor, adicionalmente, considera que el valor de los bienes tiene origen en su volumen de oferta, pero igualmente determinados por la gran cantidad de demanda laboral (Sraffa, 1960).

La productividad

Sobre la aparición y finalización de la Revolución Industrial no se tiene una fecha exacta, de todas maneras para la mayoría de los historiadores su auge correspondió entre los años 1780 a 1830, pero otros han señalado que esta se extendió hasta el comienzo de la primera guerra mundial. Este periodo de tiempo fue suficiente para marcar un hito en la historia de la humanidad, respecto a los modelos de producción y avance tecnológico, en ese momento el hombre se dedica a crear o inventar, por ello se acaba con los talleres artesanales para centralizar la producción en lugares denominados factorías, donde los sistemas de transformación incrementan las unidades elaboradas por tiempo e igualmente especializa los puestos de trabajo, las unidades producidas crecen exponencialmente para satisfacer una demanda cada vez mayor, de allí surge la división entre la producción y la comercialización de bienes y servicios, especializándose los sistemas monetarios y creando grandes monopolios empresariales. Se complementa el esquema económico con la difusión de nuevas tecnologías, el crecimiento del tamaño de la demanda, se estimula la especialización de empresas privadas, se conquistan cada vez más nuevos mercados con la apertura del comercio exterior, en la misma proporción crece la logística permitiendo la creación de grandes puertos marítimos que permiten la

apertura y mejora de las empresas navieras, al tiempo que se fortalece la banca hacia 1830 (Hobsbawm, 1978).

El investigador Rondo Cameron, explica que las industrias más importantes de la época fueron: textil, siderometalúrgica, maquina industrial, fabricación de máquinas industriales para la confección en grandes volúmenes, establecimiento de tallas, la comercialización era subcontratada con otras empresas, para 1879 tiene importancia la contabilidad, adicionalmente se crea el telégrafo, teléfono así nace la industria de las telecomunicaciones abaratando su costo pero creando a su vez oligarquías o monopolios en estos sectores. En los años 30 y 40 del siglo XIX comenzó el desarrollo de la infraestructura de transporte ferroviario, monopolizando el comercio de a través de este sistema (Cameron, 1990).

Las relaciones laborales y capacitación del recurso humano

Los nuevos modelos de producción ocasionaron un profundo cambio en las relaciones laborales, porque el trabajador que estaba acostumbrado a percibir un ciento por ciento del valor de su producto o servicio en su condición de artesano, ahora el sistema lo despoja de esas posibles garantías, lo despoja del taller que era de su propiedad, para conducirlo a una estructura de producción centralizada con puestos de trabajo especializados, con el monopolio de la propiedad de los bienes de producción en manos de unos pocos individuos, ocasionando relaciones de inequidad e injusticia entre los propietarios y los trabajadores (Méndez, 1969).

Aquella situación ocasionó grandes conflictos en las relaciones laborales con sus empleadores al punto de utilizar todo el poderío monopolístico sobre la débil parte laboral utilizando métodos acompañados de violencia, por su parte el trabajador en respuesta a este sometimiento se unió alrededor de organizaciones reclamando equidad en las relaciones laborales y diseñando estrategias de presión como la huelga o el sabotaje a los instrumentos de producción. Respecto a la capacitación del recurso humano, mientras en el pasado existía una jerarquización y unos procesos de aprendizaje al interior de los talleres, ahora la formación de la mano de obra se limitaba a desarrollar operaciones repetitivas en especializados puestos de trabajo, sometiendo al

obrero a un desempeño intenso, despiadado y violatorio de toda clase de irrespeto por la condición humana (Méndez, 1969).

Sostiene Méndez (1969), que:

Nuevas técnicas se combinaron con la disponibilidad de capitales y con la abundancia de mano de obra en una nueva manera de organizar la producción en la fábrica. Esta nueva forma organizativa de la producción implicó concentrar la mano de obra en un mismo lugar, especializar a cada obrero en una sola operación del proceso general de trabajo, división del trabajo, especialización y disciplina para cumplir con las nuevas tareas en las máquinas, sin moverse de su puesto de trabajo, cumpliendo horarios y reglamentos muy rígidos, esta forma de producir permitiría incrementos sustanciales en la productividad y la producción.

La población

Profundo impacto ocasionó la concepción de empresa desarrollada durante la Revolución Industrial en la población por dos aspectos a saber: la emigración y el crecimiento poblacional. Es evidente que con los descubrimientos industriales, el incremento de la demanda y las novedosas formas de vida en las ciudades, las naciones industrializadas viven un proceso migratorio del campo hacia la ciudad, dejando el mundo agrícola para ser obrero o industrial, productor y comercializador de bienes y servicios, la otrora economía rural tiende a desaparecer por la falta de campesino que decidió desplazarse a la ciudad, este fenómeno permitió una mayor densidad demográfica en las ciudades existentes y en las que se iban fundando contra la desolación de los del campo.

El antiguo campesino al verse en aparente situación de comodidad, se dedicó a conformar familias numerosas mayores a ocho miembros, los que en el corto plazo se fueron disminuyendo por los índices de alta mortalidad en razón a las fuertes enfermedades, baja atención médica, tratamientos adecuados y medicamentos pertinentes. En esa inestabilidad poblacional de aquella época, el número de personas en las ciudades fluctuaba por periodos de mayor a menor o de menor a mayor en el número

de los miembros por familia, la inestabilidad en la densidad poblacional se fue mejorando a partir de mejores esquemas alimenticios, descubrimiento de nuevos medicamentos y en general a unas mejores condiciones de vida, lo que ocasionó una mayor esperanza de vida con un crecimiento rítmico y sostenido de la masa poblacional (Burguieré, 1969).

Para citar algunas cifras traídas por el historiador J. N. Bibaren, “muestran una Europa (Rusia excluida) que pasaría de 95 millones de habitantes aproximadamente, en 1700, a 111 en 1750 y a 146 en 1800, se trata de un crecimiento de más del 50 por 100 en el siglo, que equivale a un ritmo anual del 0,43 por 100”. Si nos fijamos sólo en la segunda mitad, el crecimiento es de casi un tercio (tasa anual: 0,55 por 100). Estas cifras que señala el historiador, muestran de Europa el mayor crecimiento demográfico por la época, logrando así al final una estabilidad en su densidad, sin embargo, de las indagaciones llevadas a cabo se concluye que en realidad de verdad aquellos datos demográficos pudieron tener alguna variación por la falta de certeza en las investigaciones (Burguieré, 1969).

El régimen jurídico

La empresa de la Revolución Industrial rompe las estructuras jurídicas que hasta el momento regulaban la actividad productiva, es desde aquella circunstancia histórica, pasando por la Revolución Jacobina hasta la Revolución política del siglo XIX en Francia, donde se va construyendo un conjunto de nuevas regulaciones jurídicas que a la postre serían condensadas por Napoleón en el código civil francés, el cual incluía regulación en materia mercantil. A pesar de que el concepto liberal influyó notablemente en la legislación de muchos países de Europa, es evidente que las prácticas mercantiles artesanales junto a su tradicional regulación no desaparecieron de forma inmediata, por el contrario se integraron e influenciaron notablemente en el nuevo derecho permitiendo que la regulación pasara de tener un carácter subjetivo a una normatividad objetiva y profesional de derecho mercantil, reviviendo organizacionales como la sociedad por acciones. (Vitolo, 1988).

En efecto, cuando se establece el Estado constitucional de derecho, aquella clase mercader-burguesa deja de ser clase privilegiada regulada en su actividad por normas especiales creadas por el mismo comerciante, ahora la actividad mercantil se debe someter a una codificación jurídica que se construyó por un conjunto de reglas, usos y prácticas, que a la postre cumplieron la doble función de regulación nacional y de operación mercantil internacional, con una particular ventaja cuál era la de tener un Estado no intervencionista en la actividad, fundamentado en el principio del dejar hacer y dejar pasar, para que a partir de esa concepción estatal y de aquellas bases jurídicas, los burgueses pudieran desarrollar libremente su actividad al interior de una filosofía liberal, conformándose los grandes monopolios industriales, comerciales, bancarios y políticos de la época (Burguieré, 1969).

En esta medida, las normas mercantiles dejan de tener un carácter subjetivo para unificar la regulación hasta el momento establecida, así que el derecho mercantil ya no privilegiaría al comerciante sino que de manera objetiva regularía los actos de comercio, la naturaleza misma de la actividad productiva y mercantil fue exigiendo novedosos instrumentos jurídicos aplicables incluso en la actualidad, tales como el derecho societario, los bienes mercantiles del comerciante (propiedad industrial y títulos valores), el derecho de las obligaciones, los contratos típicos y atípicos, especiales regulaciones de protección al consumidor, regulación de los mercados financieros y bursátiles, las disposiciones especiales sobre operaciones cambiarias en el tratamiento a las divisas, regulación relacionada con el tráfico y nacionalización de mercancía, etc., entre otros. Dice el historiador Ricardo Donoso (1963), que desde la Revolución Industrial hasta nuestros días, en los países industriales de occidente, la empresa privada ha sido el principal instrumento de desarrollo y cambio social, la empresa ha irrumpido en el mundo jurídico con un auge y protagonismo insoslayable.

La empresa como fenómeno revolucionario fue objeto de valoraciones teóricas que orbitaban por la época, tal es el caso de la empresa vista desde una concepción atomista y la empresa como una institución social. La primera consideraba que la empresa estaba compuesta por unos elementos básicos, independientes y autónomos, cuya unión le daban el carácter organizacional, restándole importancia al derecho como elemento unificador institucional, para ellos el aspecto jurídico en la empresa no tenía

trascendencia bastaba con que cada uno de sus elementos tuviera su propia regulación, indudablemente que vista la empresa de esta manera, se le negaba su carácter dinámico de desarrollo para convertirla en un ente estático incapaz de provocar cualquier influencia de orden social o político. (Vitolo, 1988).

Como lo hemos venido señalando, la empresa es la institución que en los países industriales de Occidente se constituyó en factor de desarrollo económico al crear un comportamiento social consumista que fue provocando nuevas necesidades fundamentales, satisfechas evidentemente por aquellas unidades productivas, con lo cual se construye una nueva cultura social, la del consumismo. Lo anterior es como el elemento finalista de la empresa en la transformación social, pero al interior se desatan una serie de fenómenos que afectan a la misma empresa y a otros escenarios creando un nuevo paradigma social, por ejemplo es connatural al proceso, el desarrollo tecnológico y sus implicaciones en las estructuras empresariales, los mercados crecen y con ellos los productos, circunstancia que socialmente provoca un mayor crecimiento poblacional, quienes a su vez aumentan la demanda de bienes y servicios, hecho que privilegia el tamaño de las empresas, circunstancia que les permite operar a menor costo, permitiendo mayor cobertura a la demanda y menor valor de los productos. Sin embargo estas aparentes ventajas generan conflictos de interés porque las relaciones entre productores, consumidores y trabajadores, están gobernadas por fines opuestos, en esta medida el trabajador es visto como un elemento de producción desnaturalizando su condición humana, pero contando con ella en su papel de consumidor. (Vitolo, 1988).

La empresa en América

Las empresas en América, a partir de la Revolución Industrial Inglesa se ubicaron en dos escenarios, de una parte las empresas norteamericanas y de otra la industria latinoamericana; Norteamérica por ser una colonia Inglesa incursionó con facilidad en todos los adelantos tecnológicos que venían de la metrópoli, de tal manera que en Estados Unidos, se asentaron importantes industrias siderúrgicas, textiles y manufactureras provenientes de Inglaterra, pero sobre todo de Alemania, sin dejar de lado desde luego toda la tecnificada producción agrícola del sur de los Estados Unidos.

En este orden de ideas, Estados Unidos participó plenamente de todo el desarrollo industrial y político que se llevaba a cabo en Europa, con el hecho significativo de que la proyección tecnológica y política fue ganando un mayor liderazgo que el de la misma Inglaterra. La empresa en Estados Unidos tuvo características muy particulares en el sentido de desempeñarse de manera destacada en cada una de las áreas económicas, comenzando por tener gran desarrollo la industria agrícola, la que con el auge de la tecnología logró un mejor desempeño productivo y mayor aporte a la economía del país, más adelante, con el auge tecnológico sobresale la industrialización de procesos para la producción de bienes y servicios, destacándose sectores como el ferroviario, las vías de comunicación, los sistemas de comunicación a partir del telégrafo, la producción de vehículos, la transformación de minerales en grandes siderúrgicas para la obtención del hierro y otras sustancias de esa naturaleza, abandonando lo que en principio se caracterizó como la exportación de materias primas hacia Europa.

Respecto de Latinoamérica, hay que señalar que el sistema productivo adquirió dos facetas de un lado, modelos de producción equivalentes a los norteamericanos e ingleses por cuanto Inglaterra, Francia y Alemania instalaron en ciertos países modernas compañías para la producción y explotación mineral, por supuesto bajo un gran endeudamiento con países de la metrópoli, tal es el caso de Argentina. Otros países como Perú, Ecuador, Venezuela, Bolivia e incluso Colombia fueron objeto de la explotación y exportación hacia Europa de las materias primas necesarias para la producción textil y demás bienes en los países europeos (Echavarría, 1951).

En el caso particular de Colombia, los sistemas productivos variaron de región a región, para señalar por ejemplo la fugaz producción artesanal textilera en Santander, cuyo declive se debió a la aparición en nuestro país de textiles y sombreros jipijapa que se importaban de Inglaterra y Estados Unidos a menor precio y mayor calidad. En razón a la experiencia anterior y muchas otras, los hombres pudientes de nuestro país aunaron esfuerzos, con el objeto de constituir sólidas organizaciones empresariales para exploración y producción de la minería de oro y otros metales, junto a ganadería, producción de café y tabaco, los sistemas ferroviarios, de navegación, producción de alimentos, creación de instituciones bancarias y aseguradoras, conformación de logística

para la importación y exportación, entre otros. La producción en otras zonas del país como el viejo Antioquia, la zona occidental y la costa, se destacaron por su carácter empresarial, y por la posesión intensiva de tierras, dejando para la zona central, particularmente Bogotá, el fortalecimiento de los esquemas de seguridad y burocráticos por ser el eje de la administración (Echavarría, 1951).

Observando los sistemas productivos de nuestro país, encontramos que entre el siglo XIX y el siglo XX se desarrolló un auge empresarial diversificado en los tres sectores de la economía: agricultura y ganadería, industrialización de productos y comercialización de bienes y servicios, junto a estos, un importante sistema bancario y asegurador, acompañado de adecuados sistemas de transporte y comunicación para la época, amparados por una sólida estructura jurídica. Así que a diferencia de lo que se presume del reciente pasado, nuestro país tuvo la oportunidad de tener un importante desarrollo empresarial, el que muy posiblemente fue permeado por la burocracia, la deuda externa, la inseguridad en los campos y las ciudades, junto a absurdas y extrañas presiones extranjeras (Echavarría, 1951).

Es evidente que el mundo moderno gira alrededor de los sistemas empresariales y financieros, en consecuencia aquellas organizaciones tanto públicas como privadas, cumplen una importante función en la sociedad, por esta razón su protección debe ser de tal naturaleza que la supervivencia y sostenibilidad debe estar garantizada. En nuestro país esa protección es de índole constitucional, la Corte Constitucional respecto al tema ha señalado que la “actividad económica de las empresas es fundamental para el estado y por ello éste puede establecer legítimamente políticas de estímulo y protección” para el beneficio de aquellas que sigan sus pautas (C-620 de 2012 M.p. Jorge Ignacio Pretel).

En pronunciamientos similares, la misma Corte ha sostenido:

(...) el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimar ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas

materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas – créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc. -, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica. Cabe concluir que en ciertos casos la función social de la empresa, se logra como una contrapartida a los incentivos económicos que el legislador decide otorgar con vistas a alcanzar determinados objetivos económicos de interés general (C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

No se pueden desconocer los riesgos de carácter interno y externo a que están expuestas las unidades productivas, en todo caso ellas deben ser especialmente protegidas por lo relevante de su existencia. Las medidas de protección a la empresa no son un mecanismo local de desarrollo, sino que tienen coincidencias comunes a partir de estudios de orden universal que son presentados por organismos como la ONU, OEA, OMC, tratados binacionales y multilaterales, etc., en lo nacional, lo preventivo obedece a la práctica de modernas teorías institucionales, a políticas gremiales como Fenalco, Acopi, ANDI, u otras organizaciones de acuerdo a los diversos sectores económicos. Junto a las estrategias de prevención a las crisis de las empresas, se encuentran instrumentos jurídicos implementados por el gobierno encaminados a reorganizar la unidad productiva ante eventuales crisis, en oportunidades estos han sido mecanismos consensuales entre deudores y acreedores, como en el caso colombiano de la reestructuración empresarial, en otras oportunidades la responsabilidad la asume directamente el estado a través de instituciones de índole administrativo o judicial, tal es el caso que nos ocupa, donde la Superintendencia de Sociedades además de ejercer un control administrativo, de inspección, vigilancia y control a las organizaciones, también juega el doble papel de ejercer autoridad judicial ante las mismas empresas que vigilan, fenómeno que analizaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV

EMPRESAS EN CRISIS E INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Siendo su obligación, el Estado toma medidas de carácter correctivo encaminadas a rescatar aquellas unidades en crisis que ofrezcan signos de vida, para aunando esfuerzos junto a deudor y acreedores, lograr la salvación no sólo de la empresa, sino lo que ella significa en términos de empleo, salud, vivienda, impuestos, en general toda la política económica y social del país. Lo señalado hace referencia al papel que juega actualmente la Ley de Insolvencia Empresarial, norma aplicada a empresas del sector real de la economía como tarea de rescate, cuya responsabilidad particular en la dirección del evento protector recae en la Superintendencia de Sociedades y los jueces de la república, nuestro reto en la presente investigación es determinar si la gestión institucional ha logrado el fin esperado en estos siete años de vigencia de la norma o si por el contrario las acciones en ese sentido no son eficaces, bien por la norma en sí o por la incapacidad de las instituciones responsables.

Factores que afectan la sostenibilidad de las empresas

Son muchos los factores responsables del fracaso en las empresas del sector real de la economía, sin embargo aquí nos vamos a referir a los más destacados y que han sido cuidadosamente analizados por organismos especializados en el tema, de manera general, a pesar de las crisis que enfrentan las unidades productivas del modelo capitalista, se sostienen aún en sus peores crisis en razón a que se desenvuelven en un escenario flexible, capaz de corregir su rumbo en medio de las grandes circunstancias adversas, así quedó demostrado en los años 1930 y 1970, donde en razón a enormes tasas de desempleo en el primero o por crisis energética y monetaria para el segundo, casi desaparece el sistema, pero se mantuvieron con ello gracias al liderazgo de los gobiernos en la ejecución de políticas públicas y sociales.

Cabe anotar que el anterior panorama es muy genérico y que para un análisis objetivo sobre las circunstancias críticas de las empresas, se hace necesario distinguir entre empresas pertenecientes a países desarrollados, de otras que corresponden a países en vías de desarrollo. Las primeras soportan crisis surgidas por políticas estatales

relacionadas con hidrocarburos, deuda externa y estabilidad monetaria, aspectos que inciden en la productividad de las empresas, en los precios de sus productos, circunstancia que genera una competencia desmedida de la cual se protegen a través de un profundo desarrollo tecnológico, de una diversificación en políticas de producción y un fortalecimiento de Organismos Internacionales, lugar donde se discuten y aprueban acuerdos de cooperación para la supervivencia industrial, comercial, financiera, etc.

El proceso ha sido tan acelerado que empieza hoy a resultar más significativa la producción en el extranjero que el intercambio comercial. Así empresas como NESTLE, MICHELIN, IBM, BAYER, UNILEVER, etc., realizan más de la mitad de sus negocios con sus filiales industriales en el exterior. En un país como USA las filiales aseguran el 15% de la producción industrial lo que corresponde al 80% de las importaciones americanas de mercancías. Las ventas de las filiales industriales y petroleras Francesas en el extranjero representan un 70% de las exportaciones totales de Francia, y cerca del 30% de las exportaciones industriales Francesas corresponden a filiales de empresas extranjeras en Francia. Las filiales extranjeras en España producen el 43% de la producción y generan el 50% del empleo industrial (Canals, 1994).

Respecto de las empresas provenientes de países en vías de desarrollo, se afectan por políticas externas, como el nuevo orden internacional, procesos de globalización y apertura económica, allí su competitividad se ve disminuida limitando su producción a la exportación de materias primas o a la producción de determinados bienes que no requieran el uso de tecnologías de punta, uno de los informes Monitor, señala:

Colombia es un país que cuenta con una dotación de recursos naturales, gente trabajadora y localización estratégica, que le permite estar bien posicionada para competir en el Siglo XXI. Después de pocos años de iniciado el proceso de apertura, sin embargo, es cada vez más claro que aún existen problemas fundamentales en el medio ambiente competitivo colombiano que deben ser resueltos de manera decidida y oportuna. Colombia necesita diversificar aún más su base exportadora. Desarrollar el recurso humano avanzado, superar sus deficiencias de infraestructura y mejorar sus condiciones internas para atraer

inversión extranjera directa. Pero quizás lo más importante, será el desarrollo de una actitud más agresiva hacia el aprendizaje y la modernización institucional (informe Monitor, creando la ventaja competitiva de Colombia, 1994).

Los países en vías de desarrollo se deben dedicar a ciertas tareas productivas en las que pueden ser fuertes, para el caso colombiano, el sector de las flores y el del café básicamente, pero no dispersarse desarrollando actividades donde competitivamente obtienen pobres o nulos resultados. En el sector empresarial se hace obligatoria la innovación y el uso permanente de nuevas tecnologías de lo contrario el sistema va creando sus propios medios de destrucción (Ocampo, J.A. 1996).

La historia está llena de casos donde la continuidad en el procedimiento productivo y resistencia al cambio dio por terminado toda una industria, así ocurrió con la tradicional relojería Suiza quienes desaparecieron frente al reloj de cuarzo, irónicamente esta tecnología fue concebida por un ciudadano suizo, pero que por una mala decisión paradigmática le entregaron a los japoneses el manejo masivo de esta industria al no realizar innovación ni destrucción de los procedimientos que se tornaban poco eficientes, las empresas tienen su ciclo y tendrán que desaparecer inexorablemente, a menos que estén en el camino de la innovación, razón suficiente para en caso de crisis ser beneficiadas por programas de salvamento.

Colombia tiene su propia historia empresarial, la que en principio se caracterizó por la influencia del modelo económico cepalino el cual se fundamentaba en la sustitución de importaciones como motor de desarrollo fortaleciendo una economía hacia adentro, a través de la producción de bienes de consumo interno, blindándolos de la competencia internacional que significan las importaciones mediante el mecanismo de altos niveles arancelarios y alcanzando el ingreso de divisas mediante la exportación de café. Para ese momento el modelo productivo de las empresas era muy frágil de tal manera que no satisfacía las demandas de empleo, por ello el estado adoptó un modelo centralizado de gestión para asumir esta responsabilidad, convirtiéndose en el mayor empleador con una enorme burocracia centralizada hasta el momento en que el país se enfrentó a las corrientes aperturistas y de globalización económica, con las cuales asistiría a una realidad de competitividad (Garay, 1992).

En el año de 1990 se implementaron las bases jurídicas para incursionar en los procesos de globalización y apertura económica, hecho que modificaría profundamente la estabilidad de aquel tipo de empresas que por la época operaban en el país, su resultado fue desastroso por la improvisación y la falta de apoyo estatal en el nuevo modelo, el gobierno se limitó a desmontar la estructura proteccionista, su papel como empleador lo descargó a las empresas del sector privado quienes carecían del músculo económico, financiero, tecnológico y productivo, pero adicionalmente debieron enfrentar la competencia internacional. Señala el investigador Luis Jorge Gray (1992), lo siguiente:

Para lograr desarrollar un proceso de este tipo se necesitan dos cosas fundamentales. En primer lugar, la última ventaja de cualquier mercado proviene del conocimiento y el aprendizaje. Todo el mundo está adquiriendo el mismo tipo de tecnología, por lo cual lo que agrega valor a la competencia es conocer el uso y aplicación de dicha tecnología. Por tanto las compañías deben dedicarse al aprendizaje continuo, tratar el aprendizaje como una inversión, si quieren construir un futuro algo mejor. Aquí se destaca la relación empresa – universidad. En segundo lugar, el otro gran reto, consiste, en desarrollar un diálogo constructivo entre el gobierno y el sector privado. Tanto el gobierno como las empresas deben reconocer sus defectos y saber en que no son buenos. Lo importante es que el gobierno entienda como puede en forma limitada tomar medidas que ayuden a que las industrias líderes sean competitivas a nivel mundial. Igualmente es importante que el gobierno entienda cuales son las cualidades y defectos de la comunidad de negocios, y que los empresarios sean conscientes de ello. A través de esta claridad, de este conocimiento, esta conciencia mutua podrá tomarse una acción más efectiva. Por tanto, los dos retos basados en conocimiento – aprendizaje y diálogo gobierno – sector privado deben conducir a la construcción de un conocimiento mutuo y a la aceptación de la necesidad permanente de aprender, para construir un momento en el proceso de aprendizaje y posteriormente liderar la acción. Solo la acción permitirá convertir a Colombia en una nación más competitiva.

En portafolio del 3 de junio de 2011, citando a Hermann Stangl, señala las causas más destacadas por las cuales fracasan las empresas en Colombia, allí se establece que aproximadamente el 50% de las empresas quiebran por problemas relacionados con las ventas, un 45%, por razones financieras y apenas un 5% por causas administrativas, se puede evidenciar que estas causas están estrechamente relacionadas unas de otras, por ejemplo cuando los problemas de mercado no son solucionados oportunamente ocasionan complicaciones financieras difíciles de resolver, los factores que afectan las ventas tienen que ver con la carente innovación del producto, dificultades en los canales de distribución, fragilidad en precios, calidad y servicio al cliente, culpa de ello por la poca respuesta de la gerencia. Financieramente el problema se encuentra en la baja rentabilidad que se causa por altos costos, baja tecnología, dificultad en el recaudo de cartera, iliquidez e instrumentos inadecuados para la toma de decisiones financieras. Con respecto a los problemas de administración, la negligencia es su principal causa, seguida de falta de planeación, fraude, robos continuados y desacuerdos (Stangl, 2011).

Un estudio preparado por la Superintendencia de Sociedades, publicado en revista de la entidad de agosto-octubre de 2012, señala que las empresas se ven afectadas por los siguientes factores, presentados de mayor a menor frecuencia:

- Competencia y contrabando: las razones de este factor tienen que ver con falta de tecnología, inadecuados canales de distribución, carencia de investigación para la presencia en nuevos mercados, falta de conocimiento en el sector al que pertenecen y falta de capacitación al recurso humano.
- Revaluación del peso: en los últimos años la revaluación del peso frente al dólar se aumentó en un 80%, por esta causa las exportaciones se vieron seriamente afectadas.
- Alto endeudamiento: el crecimiento de las deudas y las elevadas tasas de interés no dan márgenes de maniobra a las empresas, esto normalmente ocurre por falta de planeación financiera.

- Reducción de las ventas: en estricto sentido la baja en ventas es el resultado de las causas negativas, este factor rompe la razón de ser de la empresa por ser el responsable de la rentabilidad y sostenibilidad.
- Deficiencia organizacional, administrativa y financiera: ocurre por desorden contable y financiero, falta de liderazgo y equivocada toma de decisiones.
- Falta de capital de trabajo: la carencia de liquidez es un mal generalizado de las empresas, en esto el estado falla por falta de políticas de estímulo financiero y tecnológico.
- Fenómenos naturales: normalmente ocurre con empresas cuyo objeto es de carácter agroindustrial, que para nuestro caso afecta al café, las flores, etc.
- Problemas con proveedores: surgen de una pésima política financiera pero también por el suministro de materias primas no producidas en nuestro medio, o por inconvenientes con procesos de importación, donde el Estado debe cumplir un importante papel de intermediación y garante.
- Baja rotación de cartera: ocasionada por una inadecuada política de recuperación o de instrumentalización jurídica, no sólo a nivel de cobro sino implementado mecanismos como los contratos factoring.

Desplome de importantes empresas y castigo a los responsables

En el ambiente empresarial cuando una empresa está en crisis, se dice que entró en quiebra, pero desde el punto de vista jurídico la quiebra sólo fue un modelo de salvamento a la empresa y castigo al responsable. La historia muestra cómo múltiples e importantes empresas han desaparecido, particularmente en mayor proporción los bancos y demás entidades del sector financiero, sin embargo a estas organizaciones no nos referiremos, porque al menos en Colombia, sus métodos de salvamento y liquidación son diferentes, ellos están contemplados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), en consecuencia, la Ley de insolvencia objeto de nuestro estudio no se aplica en esos casos.

El incumplimiento de las obligaciones ha sido tema recurrente a lo largo de la historia, en esa medida los deudores han tenido que soportar crueles castigos corporales, para pagar o indemnizar al acreedor, en otras oportunidades la sanción ha sido de carácter patrimonial, donde los bienes del deudor vienen a conformar prenda de garantía para la satisfacción de las acreencias. Tratándose del castigo corporal las modalidades fueron variadas, desde el desmembramiento de alguna parte de su cuerpo o el destroz total si los acreedores fueren varios, en otras ocasiones, el acreedor satisfacía la deuda tomando al deudor en incluso a su familia como sus esclavos.

Respecto a lo anterior William Shakespeare (1596), ilustra la situación en uno de los pasajes de su obra, “El mercader de Venecia”, allí dice Shakespeare que un miembro de la realeza le solicita un préstamo de dinero al mercader para dárselo a un protegido suyo, quien emprendería cierta actividad comercial equivalente a un Join Venture, el prestamista exige en el pagaré que firman de común acuerdo, pactar una cláusula en virtud de la cual si el deudor incumplía debía pagar al acreedor con una libra de carne de su cuerpo lo cual fue aceptado, infortunadamente la aventura comercial fracasó, en consecuencia al deudor lo condenaron a pagar la pena pactada, afortunadamente esta no se pudo ejecutar sin embargo el pasaje ilustra lo severo del castigo al deudor incumplido.

En esto de las quiebras empresariales y el castigo a los responsables, se han presentado situaciones donde el deudor en un acto de mala fe no solo arruina al acreedor sino que lo castiga severamente. Explica Julia Campos Fernández (2006), profesora de historia económica de la Universidad de Salamanca, que en España, la catastrófica situación financiera se arrastró durante todo el reinado de los Austrias, Felipe II de España tuvo que declarar cuatro quiebras estatales en 1557, 1560, 1575 y 1596, adicionalmente confiscaba mercancías y tierras privadas, aumentaba los impuestos a las colonias, el país soportaba una inflación del 250%, Felipe III suspendió pagos en 1607, Felipe IV lo hizo en cuatro ocasiones: en 1627, 1647, 1652 y 1662.

Julia Campos Fernández, citando al historiador Kenneth S. Rogoff, señala que antes de 1800 hubo numerosos incumplimientos de Francia, Portugal, Prusia, España, y la primera ciudad-estado italiana, por su parte Egipto, Rusia y Turquía tienen

antecedentes de incumplimiento crónico, afirma que más de un Rey Francés recurrió a la orden de los templarios en búsqueda de dinero, entre ellos Felipe IV “El Hermoso”, quien sumido en deudas, motines e inflación creyó encontrar la solución a sus problemas económicos apoderándose de los bienes de aquellos, no sin antes de llevarlos a la hoguera, se dice que en su búsqueda sólo encontró papeles y objetos sin valor, rescatando únicamente sus propios pagarés.

La historia registra otros castigos a los deudores morosos, por ejemplo, “en la Nueva York del siglo XVIII se encerraba a los deudores en un desván de la municipalidad que en ese entonces se encontraba directamente encima del Wall Street, quien quedaba encerrado allí”, no podía proveer dinero para sí mismo ni para el pago de sus deudas, en el mismo sentido, “en la temprana Edad Media existía la llamada esclavitud por deuda, en la cual el deudor podía trabajar bajo condiciones estrictamente prescritas” para pagarla, otra modalidad de crueldad consistió en el “encarcelamiento privado”, el acreedor encerraba al deudor en su propia casa, con el objeto de presionar a los familiares al pago de la obligación, la misma práctica se llevaba a cabo hacia la edad moderna donde el estado tomó el monopolio del castigo al deudor, confinándolos a una torre especial para ello, con cámaras de tortura o con castigos como el cepo (Fraire, 2004).

En “el diario El Universal” de México, para el año 2010 el señor Héctor Fabricio Flórez presenta diez de las más significativas crisis de nuestra época, a) WorldCom, empresa de telecomunicaciones que tuvo una pérdida de 103.900 millones de dólares, siendo encarcelado su director por fraude de valores, b) General Motors, empresa del sector automotriz quien hace tres años tuvo una quiebra de 91.000 millones de dólares, en razón a la crisis mundial de la época, c) Enron, empresa energética que malos manejos perdió 65.500 millones de pesos, por esta razón algunos ejecutivos están en la cárcel por fraude, c) Conseco, compañía financiera que por su quiebra en el 2002 perdió 61.000 millones de dólares, d) Chrysler, compañía automotriz quien tuvo una quiebra en el 2009 por 39.000 millones de dólares, g) Pacific Gas y Electric, compañía energética, se declaró en quiebra por la pérdida de 36.000 millones de dólares, h) Texaco, compañía petrolera que malas decisiones se vio en la obligación de pagar enormes multas, lo que la llevó a la bancarrota por un valor de 34.900 millones de dólares.

Colombia no escapa a este fenómeno, desde hace más de 150 años han desaparecido importantes empresas, así lo señala el señor Jorge Child Vélez en un artículo publicado en el año 1988 por el diario “El Espectador”, el columnista afirma que al final de la colonia, cuando aún se organizaba el Estado, en ausencia del primer Código de Comercio, el 31 de diciembre de 1841 se conoció en la Santafé la gran noticia: El grupo financiero encabezado por el señor Tadeo Landinez se vino a pique, dejando en graves dificultades a cientos de inversionistas entre los cuales se encontraba el naciente Estado Colombiano. El encantador empresario tenía negocios en todo el territorio nacional e inversiones en todas las ramas de la producción, desde la agrícola hasta la industrial, pasando lógicamente por la incipiente banca nacional, en una carrera financiera que finalizó el 18 de febrero de 1842 cuando fue detenido e iniciado un proceso por quiebra fraudulenta, con una bancarrota cercana a los cinco millones de pesos en un país donde el presupuesto nacional sumaba escasamente los dos millones. Cerrando el capítulo el señor Landinez pronunció desde la cárcel las siguientes palabras: “Por lo demás, habiendo sido adversa la fortuna nada tengo que murmurar, quedar pobre en una quiebra es la suerte destinada a todo comerciante honrado”.

A la quiebra de don Tadeo le siguió la de la banca antioqueña, donde en la ciudad de Medellín en el mes de septiembre de 1904 se quebraron doce bancos y varias fábricas, al parecer por movimientos fraudulentos. Los banqueros, con el fin de ocultar la verdadera situación económica, se ingeniaron un procedimiento consistente en que cuando se preveía una visita del inspector de bancos, se encajaba el banco a visitar con los escasos fondos de todos, para trasladar los mismos al siguiente visitado y así sucesivamente, de manera que el encaje servía para todos, procedimiento que ocultaba transitoriamente las pérdidas, hasta que fueron descubiertos en sus maniobras. A esta le siguió la crisis de 1920 que originó la visita consejera de la misión encabezada por el señor Kemmerer en 1923 la que recomendó varias reformas al sistema financiero y jurídico mercantil.

La costa no ha sido ajena a las bancarrotas, es así como en el período comprendido entre 1966 y 1967, se inicia la quiebra del Banco Bananero en Santa Marta, seguido del Banco Comercial de Barranquilla y el cierre del Banco de la Costa en los primeros años de las década del 70.

La más reciente bancarrota se presentó en 1982 con el denominado Grupo Correa del que era estandarte el Banco Nacional, otro caso es el grupo de Popayán cuyo presidente era el bisnieto del General Tomas Cipriano de Mosquera, don Jaime Mosquera, propietarios del nacionalizado Banco del Estado y el Banco Comercial Antioqueño, no podemos olvidar el caso de la Caja Vocacional dirigida no tan espiritualmente por el padre Gaitán Mahecha. Anécdotas como la de Casa-Club, del “Conejo Millonario”, Carlos Alberto Sánchez Rojas, la de los Picas, entre las más notables que bien podríamos ubicar dentro de la picaresca criolla, pero que de todas maneras perjudicaron a miles de personas y que son ejemplo de situaciones de iliquidez.

El historiador Luis Fernando Molina Londoño (2010) en su libro, “Empresarios colombianos del siglo XIX”, trae una serie de casos sobre quiebras de prominentes empresarios de nuestro país, en razón a diferentes circunstancias: Carlos Coloriano Amador, quien junto a su esposa se dedicaron al negocio minero con tal éxito que para 1885 su fortuna ascendía a más de ocho millones de pesos, esta situación le permitió hacer inversiones en el sector cafetero, construcción de vías, comunicaciones, entre otros, con esa riqueza vivió de manera muy confortable en París derrochando dinero, hecho que le obligó a buscar créditos con bancos franceses que nunca pudo pagar, estos bancos embargaron acciones y controlaron el manejo de las minas.

José María Sierra (Pepe Sierra), incansable trabajador antioqueño, consiguió su fortuna con la administración de rentas estatales, compra y explotación de terrenos en Antioquia, Cundinamarca y Valle del Cauca, inversiones en el sector bancario, construcción de ferrocarriles, monopolios de sal y hielo, operaciones que pudo llevar a cabo con dinero ahorrado de su intensa labor agrícola hasta que falleció, sus hijos no defendieron la fortuna, por el contrario donaron la hacienda del Chicó y la de Hato Grande.

Leónidas Lara, huilense emprendedor, dedicado inicialmente a la industria automotriz, para posteriormente dedicarse a múltiples negocios donde por su dispersión tuvo varias quiebras, con un final desafortunado por su muerte, el secuestro y posterior asesinato de su hijo.

Jaime Michelsen, poderoso empresario banquero en época en que Julio Mario Santo Domingo, Carlos Ardila Lule, Luis Carlos Sarmiento Angulo, apenas incursionaban en el mundo de los negocios, Michelsen creó el grupo Gran Colombiano con el que controló el 20% del negocio financiero, a través del cual realizó una serie de inversiones encaminadas a adquirir toda clase de empresa y de paso realizó triangulaciones financieras en perjuicio de los ahorradores e inversionistas bursátiles, estas maniobras le valieron ser enjuiciado por abuso de confianza, fugándose de la justicia hasta que murió, antes de ello el gobierno nacionalizó sus compañías.

Todas estas crisis han ocasionado grandes inconvenientes sociales, por ello la necesidad de proteger la empresa por ser fuente de desarrollo, la Corte Constitucional se ha expresado sobre el tema de la siguiente manera:

(...) la organización de la sociedad junto al estado, hoy en día está fundamentada en lo que hemos venido presentando, ganando gran protagonismo la empresa como factor de riqueza y desarrollo social, por ello permitir que la estructura productiva decaiga no es una circunstancia que ningún órgano del estado esté en condiciones de permitir, por esta razón instituciones como la Corte Constitucional, han marcado pautas para evitar las crisis en el sector productivo de la nación, sea cual fuere la naturaleza de la empresa. En este sentido se ha pronunciado de la siguiente manera: le corresponde al Estado, no solamente exigir el cumplimiento de esta función, sino también estimular el desarrollo empresarial y su consolidación (C-1143 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Con la aparición de la apertura económica y los procesos de globalización de mercados, el país se vio en la necesidad de reorganizar sus sistemas productivos para participar competitivamente en el escenario internacional, para ello el gobierno debería trazar políticas públicas encaminadas a proteger la industria nacional, pero junto a las políticas se hacía necesario la expedición de un paquete normativo, que partiría desde la nueva Constitución, hasta el desarrollo legal de amparo empresarial. Por esta razón se expiden leyes como la 550 de 1999 a la que hacía referencia la anterior sentencia y las que siguen, que contribuyen a precisar el compromiso del Estado frente al sector productivo.

(...) el resultado económico de las empresas no es indiferente para el Estado. En algunos casos se desearía favorecer la industrialización de una determinada región; en otros, los objetivos de la política económica, pueden orientarse a desestimular ciertas iniciativas y empresas, ya sea por una excesiva oferta en el mercado o por sus efectos perjudiciales en términos de absorción de determinadas materias primas o recursos financieros. En estos casos, aparte de los medios de intervención directa, el Estado puede legítimamente desarrollo empresarial y promover su reactivación en aquellos eventos en los cuales la empresa se encuentre en una situación especial. Sentencias de la Corte Constitucional” (**C-1319 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis**; establecer políticas de estímulo de las que se beneficiarían los operadores económicos que sigan sus pautas. El conjunto de estas políticas – créditos de fomento, exenciones tributarias, garantías, autorizaciones especiales, facilidades crediticias y cambiarias, contratos-programa, premios, inversiones en el capital social etc. -, sin duda, amplía la esfera de la empresa y le imprime materialmente a su actividad, en la medida en que ella efectivamente secunde los objetivos de la intervención estatal, una función social específica.” (Sentencias de la Corte Constitucional C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis y; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

Antes de los modelos aperturistas, el pronunciamiento de las cortes sobre el tema empresarial era muy poco, no solo por el carácter conservador de la Constitución de 1886, sino por la naturaleza del sistema económico vigente el cual era de corte cepalino, caracterizado por ser protector de una producción doméstica y estímulo a la exportación de materias primas.

(...) conforme a lo dispuesto por el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y, en tal virtud, el legislador se encuentra autorizado para dictar normas de intervención en ella que garanticen que la actividad económica se desarrolle sin menoscabo de los principios y valores adoptados por el Constituyente de 1991. Ello significa, entonces, que ha de preservarse la organización democrática de las empresas, el cumplimiento de la función social de éstas, el fomento del empleo, el respeto a los derechos

fundamentales, el derecho de participación en todas sus manifestaciones, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la igualdad de oportunidades y el estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado social de Derecho y una economía social de mercado” (Sentencia C – 854 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Estos pronunciamientos jurisprudenciales tienen en común la protección del crédito, la conservación de los puestos de trabajo y el compromiso social de las empresas.

(...) el derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –*par conditio creditorum*”. (Sentencia de la Corte Constitucional C-586 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis).

Instituciones jurídicas de salvamento para empresas de Colombia en crisis

Como se ha visto la importancia de la empresa para la sociedad actual, así como las crisis que le afectan y que se deben contrarrestar oportunamente por las implicaciones que traen consigo, ahora en esta parte del documento vamos a hacer una presentación y análisis de aquellos instrumentos jurídicos que el Estado ha puesto en práctica en cada época, a fin de regular el delicado fenómeno.

Los procesos concursales en Colombia tienen fundamento en la Constitución bajo la constitucionalidad del derecho privado, principio desarrollado en los códigos de comercio y civil, acompañado de las manifestaciones jurisprudenciales, lo cual hace que su regulación no aparezca como rueda suelta, sino que forme parte integral de la institución normativa del país, como regulador de un fenómeno que afecta todas las esferas de la sociedad y el país.

El Estado tiene un deber constitucional de protección económica y de garantía a la empresa privada, así lo señalan artículos como el 58, 333 de la actual carta política, junto a diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional entre los de más relevancia tenemos la sentencia T-406 de 1992, T-299 de 1997, o la C-1143 de 2000, donde se amparan los derechos económicos y sociales de manera general y particularmente en la tarea de recuperación empresarial. Pese a lo anterior, tanto la Ley como la Constitución y mucho pronunciamiento jurisprudencial, han tenido cuidado de no violar derechos fundamentales cuando de aplicación a los procesos concursales se refiere, en efecto nunca se puede privilegiar la recuperación empresarial o su liquidación, desconociendo el derecho al trabajo, derecho a garantizar el mínimo vital que fuere puesto en peligro en un proceso concursal, derecho al debido proceso tanto en las decisiones que se tomen al interior de la institución de salvamento, como el de alguna persona que resultare afectada, en todo esto prima la supremacía de la Constitución sobre cualquier norma en conflicto, así lo establece la Constitución de 1991 respecto de los nuevos procesos concursales.

Los procesos concursales adelantados en nuestro país han surgido por disposición del gobierno, en atención tanto a la crisis presentada por las empresas o en general las personas naturales y jurídicas de carácter mercantil señaladas en el perfil normativo de nuestro Código de Comercio, respecto de circunstancias económicas, sociales y políticas de ese momento en el país, en la mayoría el objeto es el de privilegiar a los grupos económicos que teóricamente son el motor de nuestra sociedad, con el convencimiento de que serán los responsables de jalonar toda la política social del estado, caracterizada por una tendencia existencialista en empleo, salud, vivienda, satisfacción de necesidades mínimas, obligaciones que son responsabilidad del gobierno, pero soportadas económicamente a través del pago de impuestos.

La tarea concursal en su desarrollo ha tenido en algunas oportunidades la dirección y responsabilidad directa de los agentes en conflicto, esto es el acuerdo mancomunado de acreedores y deudores, quienes mediante fórmulas de arreglo llegan a fines exitosos, la experiencia en este sentido ha generado grandes desigualdades respecto de las diferentes clases de acreedores. En otras oportunidades la dirección del arreglo ha sido responsabilidad directa del Estado a través de agentes expertos o no en el tema, pero con un denominador común cual es el que tales procesos salen muy onerosos, hecho que va en contravía de los mismos propósitos del salvamento de la unidad, que tiene justamente dificultades económicas.

Del análisis que se va hacer en cada una de las modalidades de restablecimiento empresarial quedará en claro cuál ha sido la más benéfica para el salvamento, pero además presentará los vacíos que cada una de ellas llegare a tener. La Superintendencia de Sociedades en un documento denominado “Breve historia del derecho concursal en Colombia”, señala que el derecho concursal ha vivido tres etapas a lo largo de la historia, refiriéndose a la quiebra como fenómeno jurídico de la crisis, la segunda al concordato junto a la Ley de Reestructuración o Ley 550 de 1999 y la tercera, a la Ley de Insolvencia o Ley 1116 de 2006.

La quiebra como salvamento empresarial en Colombia

Recién liberada la república de la influencia española, además teniendo en cuenta que la actividad empresarial y mercantil en nuestro país comenzaba a florecer, sobretodo en cabeza de extranjeros, se expide el primer Código de Comercio en el año de 1853 que era una fiel copia textual del Código español de 1829. Esta norma no tuvo mayor aplicación en razón a los acontecimientos políticos que se fueron presentando en el país. Posteriormente en vigencia de la Constitución de 1886, se expide un nuevo Código de Comercio mediante la Ley 57 de 1887, el cual es el preámbulo del Decreto Ley 750 de 1940 norma que trajo a nuestro ordenamiento jurídico el régimen de quiebras, como antecedente de esta norma, señala el doctor Luis Guillermo Vélez Cabrera (2010) Superintendente de Sociedades, que por los efectos de la Segunda Guerra Mundial, nuestro país vio la necesidad de tener disposiciones relativas al salvamento empresarial, para ello presidente Eduardo Santos mediante facultades

extraordinarias expide el señalado instrumento jurídico, cuyo propósito era el de dar seguridad al crédito, severidad en el castigo del fraude y celeridad en la liquidación en los patrimonios en bancarrota.

El Decreto 750 tenía dos partes, de un lado el sistema procedimental de la quiebra y de otro el aspecto sancionatorio por haber incurrido en esta desafortunada circunstancia económica. Resumiendo, tenemos que había un juez de conocimiento a quien por obligación se le hacía saber el estado de insolvencia en que se encontraba el comerciante, en caso de no hacerlo se le culpaba de la misma acarreando todas las consecuencias que la omisión traía, después de lo anterior, se separaba al quebrado de la administración de sus bienes, para finalmente buscar convenios de recuperación entre los acreedores, advirtiendo la existencia de un concordato suspensivo que en nada ayudaba al éxito del objetivo (Sentencia C-015 de 1997).

De la segunda parte tenemos que la norma en comento era de corte penalista por cuanto partía de la presunción de dolo y culpa del deudor, en el artículo 18 se establecía que el juez de conocimiento ordenaba la detención preventiva del deudor, el artículo 42 ordenaba el arresto de un mes a un año y la prohibición para ejercer el comercio hasta por cinco años en caso de culpa, para el dolo la pena era de dos a seis años y la interdicción de seis a 10 años, señalaba el Dr. Gabino Pinzón (1983), que dicha norma establecía la prisión por deudas, norma que tuvo vigencia hasta mayo de 1969 cuando fue declarada inconstitucional. Sobre el tema el Superintendente de Sociedades ha señalado lo siguiente:

“Lo cierto sin embargo es que, por todas las razones equivocadas, este era un régimen bárbaro, casi medieval, donde el deudor quebrado tenía que afrontar un draconiano régimen de quiebra. En él se presumía la mala fe comercial y como si fuera poco, se le hacía al comerciante quebrado parte automática de un proceso penal, donde el juez del concurso podía hasta decretar la detención preventiva del deudor y condenarlo penalmente si así lo considera” (Vélez Cabrera, Superintendente de Sociedades).

El Código de Comercio vigente

El actual Código de Comercio o Ley 410 de 1971, que ha regido hasta nuestra época, como instrumento salvamento empresarial, recoge el tema de los dos concordatos anteriores manteniendo la quiebra como forma inquisidora de resolver conflictos empresariales, adicionalmente otorga facultades a la Superintendencia de Sociedades para que ejerza en algunas circunstancias a prevención la dirección del proceso concordatario, compartiendo con los jueces esta labor pero restándole a estos importancia en razón a su poca experiencia en el manejo de esta clase de fenómenos, esta es la segunda vez que la Superintendencia de Sociedades se desempeña en funciones jurisdiccionales pero con un mayor protagonismo. El Código de Comercio de 1971 fundamentaba el salvamento en el hecho de que el deudor hubiere suspendido los pagos, independientemente de su situación económica.

El Decreto 350 de 1989

Al gobierno le pareció que la forma como operaba el tema de los concordatos en el Código de Comercio no era la mejor por cuanto no garantizaba la supervivencia de la empresa, por esta razón expide el decreto 350 de 1989 que reformó el Código de Comercio en el tema, buscando mayor protección a las empresas al evitar que llegaran a la quiebra, dejando en manos de jueces y Superintendencia la responsabilidad de la crisis, la supersociedades reafirmaba más su papel de función jurisdiccional en la recuperación de aquellas empresas con gran impacto económico. Esta norma adicionalmente creó el llamado concordato liquidatorio que era como una especie de acuerdo entre deudores y acreedores para dar por terminada la vida de la empresa.

La Ley 222 de 1995

Con la reforma Constitucional de 1991 se modificó el tema de los concordatos a través de la Ley 222 de 1995, se unificaron el preventivo potestativo y el preventivo obligatorio, desapareció la quiebra, para dar paso a la figura de la liquidación obligatoria bajo el entendido de que el principio de la buena fe se presume. Esta Ley desjudicializa los procesos concursales, quitándole competencia a los jueces,

otorgándosela totalmente a la Superintendencia, así lo señala su artículo 90: “la Superintendencia de sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en artículo 116 inciso 3o. de la Constitución Política”. Esta entidad “será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación, los jueces civiles especializados o en su defecto los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales” (Isaza, Upegui & Londoño, 1996).

Sin embargo, en materia concursal, una pieza clave de la iniciativa, se lograron importantes cambios. Se unificó, por ejemplo, el concurso aplicable a todos los deudores, iniciando el tránsito del mismo hacía uno de dos caminos posibles, la recuperación de la empresa o la liquidación obligatoria, además se profesionalizaron los especialistas concursales, es decir los liquidadores y los contralores, y se despenalizó la quiebra (Isaza Upegui y Londoño Restrepo, citados en informe del superintendente de sociedades).

El concordato como salvamento empresarial en Colombia

No existe una definición jurídica del concordato, sólo las construidas por la doctrina, pero la primera aproximación del concepto la encontramos en el artículo 94 de la Ley 222 de 1995, que al tenor señala: “el concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito”. Mediante sentencia C- 1143 magistrado ponente el Dr. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional establece la característica y naturaleza del concordato.

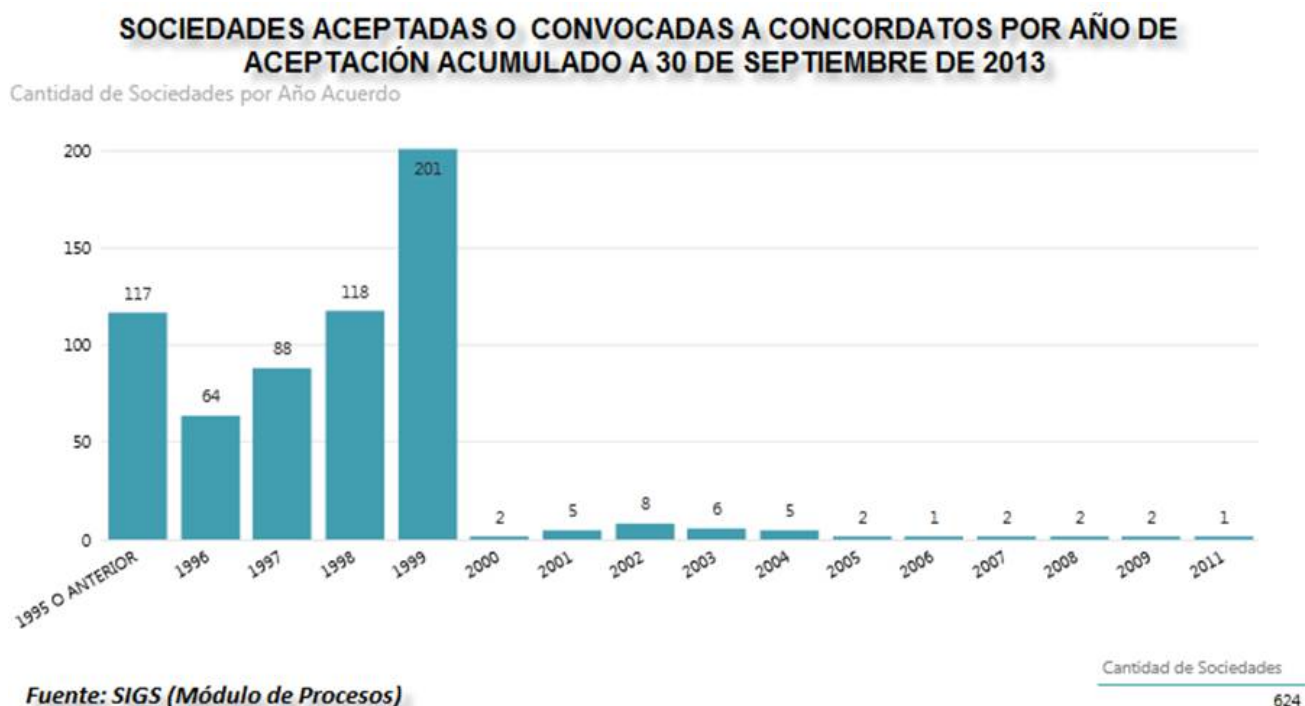
En artículo de la Superintendencia de Sociedades sobre introducción al libro de insolvencias (2010), se señala que una vez declarado inexecutable el Decreto 750, inmediatamente se expidió el Decreto 2264 de 1969, que trae como figura novedosa la implementación del concordato preventivo potestativo y el concordato preventivo obligatorio, con los cuales se enfrentarían las crisis empresariales de organizaciones

privadas muy importantes para la economía del país y las estatales bajo la figura de empresas industriales y comerciales, le otorga funciones especiales de protección empresarial a la Superintendencia de Sociedades, haciendo por primera vez una incipiente función jurisdiccional que se justificó por la incapacidad de los jueces para atender con eficiencia la irregularidad, con ello esperaba el gobierno proteger el sistema productivo en una economía de corte cepalino y proteccionista por excelencia.

El profesor Gustavo Cubero Gómez (1993) señala que los fundamentos del concordato es la iliquidez, mientras que el de la quiebra un desequilibrio entre activo y pasivo. Por su parte, el propósito del concordato preventivo potestativo era el de pagar gradual o parcialmente con los bienes del deudor sus acreencias, señalan los doctrinantes que este modelo presentaba como inconveniente el quedar muy al capricho del juez las circunstancias de modo tiempo y lugar para el cumplimiento del deudor, respecto del concordato potestativo obligatorio, aplicable a empresas de gran impacto económico y dirigido por la Superintendencia de Sociedades, tenía el inconveniente de que las empresas de manera oportunista o no, se acogían al mecanismo en cualquier momento por cuanto ese concordato no garantizaba liquidez, finalmente la quiebra se presentaba por el incumplimiento de dos o más obligaciones y se presumía en el caso de cierre intempestivo del establecimiento de comercio por parte del deudor.

El tema de los concordatos hizo importantes aportes a la solución de los problemas que por esa época afectaban a las empresas, sin embargo en su aplicación hubo muchos altibajos los que iban siendo regulados por normas de urgente aplicación, tal es el caso del Decreto 350 de 1989, Ley 256 de 1996, Decreto 1080 de 1996 y la Ley 222 de 1995 con la cual se hizo una profunda reforma al Código de Comercio en diversos aspectos entre ellos el tema concursal.

No cabe duda de que el concordato jugó un papel muy importante en la recuperación de las empresas, básicamente por cuenta de la Superintendencia de Sociedades, de quien señalaremos cifras sobre este mecanismo de salvamento empresarial, según esta entidad el proceso se divide en dos etapas, de trámite y de ejecución:



Fuente: Superintendencia de Sociedades, 2013.

Según la Superintendencia de Sociedades, el “concordato en trámite va desde la fecha del auto de apertura hasta la celebración del acuerdo”, mientras que el “concordato en ejecución, va desde la aprobación del acuerdo hasta la declaratoria de cumplimiento”, el propósito es el de adelantar el cumplimiento del acuerdo. El concordato se cumple cuando “el deudor cancela el total de las acreencias concordatarias en la forma y términos establecidos en el acuerdo”, mientras que el concordato se termina cuando las empresas que “celebraron acuerdo concordatario no contaron con los suficientes activos para la cancelación total de los pasivos”.

SOCIEDADES ACEPTADAS O CONVOCADAS A CONCORDATOS
POR AÑO DE ACEPTACIÓN O FINALIZACIÓN DEL PROCESO
ACUMULADO A SEPTIEMBRE 30 DE 2013

AÑO		
	Procesos iniciados	Procesos terminados
ANTES DE 1996	117	
1996	64	
1997	88	17
1998	118	23
1999	201	46
2000	2	89
2001	5	68
2002	8	67
2003	6	52
2004	5	32
2005	2	31
2006	1	39
2007	2	18
2008	2	17
2009	2	31
2010		15
2011	1	3
2012		18
2013		8
Total	624	574

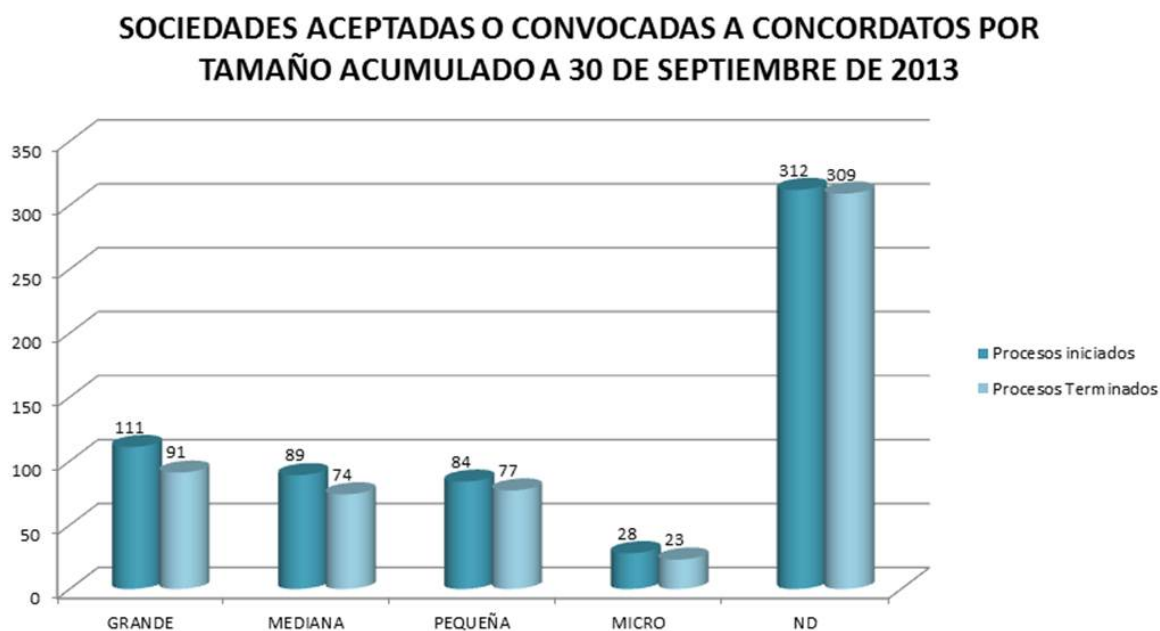
Fuente: SIGS(Módulo de Procesos) Superintendencia de Sociedades, 2013

DURACIÓN PROMEDIO DE LOS PROCESOS DE CONCORDATOS ACUMULADO A SEPTIEMBRE 30 DE 2013			
Estado del proceso	Número de sociedades	Duración Promedio en días*	Duración Promedio en años*
En Ejecución*	50	5681	15.78
Terminados**	574	2516	6.99

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos) Superintendencia de sociedades

*Desde el inicio del proceso hasta la fecha del acumulado

**Desde el inicio del proceso hasta la finalización del mismo



Fuente: Superintendencia de Sociedades 2013

La reestructuración empresarial. Ley 550 de 1999

Con la Ley 222 de 1995 se modernizó el concordato, además despenalizó la crisis empresarial al derogar la quiebra, la realidad económica, política y financiera de orden internacional repercutió profundamente en la estabilidad productiva de nuestro país, de tal manera que la Ley 222 de 1995 fue insuficiente por lo paquidérmica en sus procedimientos, hecho que obligó a tramitar de manera urgente una norma temporal capaz de responder al estado crítico de las empresas, permitiendo su recuperación inmediata, esta norma se conoció como Ley de reestructuración o Ley 550 de 1999.

En la expedición de esta norma se pensó que el concordato era un instrumento jurídico muy importante por cuanto recogía la experiencia en el tema, pero que para ese momento en términos de recuperación empresarial no operaba adecuadamente por lo lenta en sus procesos, en consecuencia valía la pena conservarlo, pero para que no existiera una confusión normativa se debería suspender, lo cual ocurrió, esto implicó que la Ley 550 de 1999 fuera de carácter temporal, inicialmente por 5 años, los que posteriormente se ampliaron a 2 años más (Exposición de motivos Ley 550 de 1999).

Esta Ley que se ocupó únicamente de los procesos de recuperación empresarial, al suspender el concordato, le quitó las facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en lo relacionado a la dirección del proceso, porque la norma contempló la conveniencia de que los acuerdos de reorganización fueran de carácter contractual entre deudores y acreedores arbitrado por una persona privada denominada promotor, quien era un auxiliar de la justicia de las más altas calidades profesionales y personales seleccionado de listas que para el efecto conformaban las cámaras de comercio.

La Ley 550 de 1999, logró su propósito en el sentido de permitir la oportunidad de que muchas empresas participaran en el acuerdo de arreglo por la flexibilidad en su aplicación, amparó al deudor y como efecto a la empresa en la medida en que los procesos ejecutivos tramitados en su contra se suspendían para ser acordados al interior del proceso, pero no presentó óptimos resultados por el oportunismo de algunos acreedores que ejercían una especie de posición dominante sobre los demás, al tiempo que por el mecanismo procesal dispuesto se congestionó extremadamente la función de

la Superintendencia quien había adquirido mayores facultades jurisdiccionales, ya no para dirigir el proceso porque ahora este era contractual y no judicial como antes, pero sí resolviendo la cantidad de inconvenientes que surgían al interior del acuerdo. De esta manera la Superintendencia de Sociedades pero adquirió mayores facultades jurisdiccionales equivalentes a las de un juez civil del circuito, con plenos poderes para decidir la cantidad de inconvenientes que se generaran en el trámite del proceso de reestructuración que como hemos dicho, era un acuerdo entre deudores y acreedores coordinado por un promotor, adicionalmente, la Superintendencia seguía conservando la función jurisdiccional del trámite de liquidación obligatoria que venía desempeñando desde el concordato.

Entre la cantidad de funciones jurisdiccionales que asumió la Superintendencia en aspectos procesales, según la Ley 550, tenemos:

- Resolver objeciones por derecho de voto y acreencias. (artículo 26)
- Resolver controversias relacionadas con ineficacia. (artículo 37)
- Dirimir controversias relacionadas con el acuerdo. (artículo 37)
- Resolver acciones de simulación o revocatorias. (artículo 39)
- Decretar medidas cautelares. (artículos 37 y 39)
- Decretar incumplimiento de obligaciones. (artículo 38)
- Permitir el cambio de garantías. (artículo 34)
- Definir competencias de asuntos administrativos y jurisdiccionales. (artículo 74)

Con todos los inconvenientes que el modelo de reestructuración pudo haber presentado, el sistema fue mucho mejor que los concordatos en términos de cobertura, en informe de la Superintendencia, respecto de un comparativo sobre los dos modelos se advierte que en los años 2000 a 2001, se celebraron 282 acuerdos de reestructuración de 583 empresas aceptadas, mientras que por el lado del concordato, para el año 1999, solo culminaron con éxito 12 empresas.

En el siguiente cuadro publicado por la Superintendencia de Sociedades, se muestran los datos estadísticos referentes al resultado de este mecanismo de salvación empresarial, durante su vigencia.

LEY 550 - ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN 2000 - 2007	
EMPRESAS ADMITIDAS	1,301
EMPLEADOS PROTEGIDOS	91,560
ACTIVOS PROTEGIDOS	\$12,205,132
PASIVOS	\$8,753,751
PATRIMONIO	\$3,451,381
FUENTE: SIGS (Módulo de Procesos) FECHA DE CONSULTA: Julio 07 de 2009 VALORES EN MILLONES DE PESOS	

Esta forma de salvamento empresarial llega a su fin por diversas razones, entre las más importantes está el hecho de que la norma era de carácter temporal expedida para conjurar una crisis momentánea, además de lo anterior, ocurrieron una serie de irregularidades que fueron señaladas en la exposición de motivos de la Ley de Insolvencia, allí se señala que el sistema iba generando un alto riesgo por cuanto el 28% de los casos de reestructuración, terminaron en liquidación, particularmente porque mucho deudor se acogió al sistema a pesar de que su empresa no era viable, lo cual hacía que el problema se postergara sin lograr una verdadera reestructuración.

La Ley de Insolvencia o Ley 1116 de 2006

El país en materia concursal ha estado al vaivén de las circunstancias políticas, económicas y sociales, razón por lo que le ha tocado ir aprendiendo mediante ensayo y error en una actividad tan delicada como es la sostenibilidad de las empresas en términos de eficiencia y eficacia, sin embargo se ha venido recogiendo lo bueno de las anteriores experiencias, además apoyándose en las Leyes Modelo establecidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de esta manera profiere una norma lo suficientemente estable, capaz de dar respuesta en términos de corrección y prevención a empresas en crisis que interactúan en un ambiente de globalización y apertura económica.

Conscientes de la importancia que exige la protección a las empresas, pero además teniendo en cuenta que la Ley 550 de 1999 llegó su fin, una comisión compuesta por el ministerio de comercio industria y turismo, junto a la Superintendencia de Sociedades, elaboran el nuevo régimen de insolvencia empresarial, o Ley 1116 de 2006 que entró a regir en el mes de junio de 2007, la cual tiene como propósito, garantizar el crédito y proteger tanto a la empresa como el empleo. Esta norma específicamente se ocupó de tres temas a saber: la insolvencia como reorganización empresarial, la insolvencia como liquidación empresarial y la insolvencia transfronteriza. La reorganización empresarial busca permitirle al deudor mejorar sus dificultades financieras, esperando idealmente continuar con la empresa y en caso de no lograrlo, buscar su reanudación mediante algunas estrategias, como la reducción de la unidad productiva, fusionarse o transformarse con otras empresas, u otros mecanismos encaminados a evitar su liquidación obligatoria. Los principales cambios contenidos en la Ley de insolvencia en criterio de la Superintendencia de Sociedades, son los siguientes:

- El proceso vuelve a ser judicial pero más ágil, adquiriendo la Superintendencia plenas facultades sancionatorias de carácter jurisdiccional. El anterior proceso de la Ley 550 de 1999 que era contractual desaparece, se espera con ello mayor seguridad y confianza en la reorganización.

- La dirección del proceso quedó en manos exclusivamente de la Superintendencia de Sociedades para personas jurídicas mercantiles y los jueces civiles del circuito se encargaron de la reorganización de los comerciantes como persona natural.
- En la función judicial, la Superintendencia se apoya en auxiliares de justicia como el promotor que ahora es designado por la Superintendencia, ejerciendo funciones de amigable componedor, conciliador y mediador, esto permite descongestiona la labor de la Superintendencia.
- Desaparece la pugna entre deudores y acreedores, porque unos y otros son acreedores internos y externos de la empresa, de esta manera se logra equilibrio entre las partes, para abandonar lo proteccionista que era la Ley 550 de 1999 en favor de los deudores.
- Se regresa a la posibilidad de decretar medidas cautelares sobre los bienes de la empresa.
- Las anteriores objeciones que eran interminables en la Ley 550, ahora se resuelven en una misma audiencia.
- No admite al proceso de reorganización empresas que no sean viables.
- El acuerdo es confirmado por la Superintendencia para evitar abusos de posición dominante y garantizar el cumplimiento de La ley.

Con todo, este nuevo modelo de reorganización desde su expedición presentó inconsistencias, a decir del Dr. Rafael Wilches Durán, (2008) miembro de la comisión redactora, señala en la revista Universitas de diciembre de 2008, que de una parte no se tuvieron en cuenta los efectos que produce la solicitud frente a la aceptación al proceso, en este lapso de tiempo se puede prestar para hacer ocultamiento de bienes tal conducta se venía resolviendo mediante las acciones revocatorias y de simulación, las que no fueron tenidas en cuenta.

Por otro lado, las funciones del promotor no fueron claras por tanto este personaje no tendría razón de ser, adicionalmente, hizo falta un mecanismo jurídico que reconociera el fracaso del acuerdo y no esperar hasta su final, lo cual hace más costoso el proceso inviable. Finalmente no limitaron los tiempos procesales del acuerdo, hecho que pude generar prolongadas definiciones.

No existe estadística sobre el desempeño de la Ley de insolvencia, tal vez porque aún el modelo está en ajustes, sin embargo, un informe publicado en la Revista Dinero de octubre de 2010, la Superintendencia de Sociedades señaló que los resultados esperados por la Ley de insolvencia han sido muy pobres, entre junio de 2007 momento en que se inicia la aplicación de la norma hasta diciembre de 2010, se lograron reorganizar 170 empresas, mientras que entre el año 2000 y mediados de 2007 se reestructuraron 1.300 con la Ley 550 de 1999. El plazo de 376 días que dura en promedio un proceso de reorganización es muy alto, en ese tiempo se podrían generar nuevos hechos que incidieran en la inviabilidad de la empresa, circunstancia que afectaría el propósito de la norma, adicionalmente, se ha observado que el promotor hace más costoso el proceso sin que sea una figura determinante en el éxito, hecho que lo convierte en un burócrata. Por último, mientras que en la Ley 550 de 1999 se privilegiaba al deudor, en esta se privilegia al acreedor, perdiéndose el requisito de la igualdad como presupuesto para el éxito de un proceso de recuperación empresarial.

Agrega el informe que curiosamente es tal la cantidad de requisitos exigidos para aceptar una empresa al proceso de reorganización que llegados a cumplir, no tendría necesidad de acogerse al proceso, porque en esa circunstancia sería perfectamente viable para continuar con muy buen desempeño el logro de sus objetivos.

Los actuales instrumentos de salvamento en Colombia están en consonancia con los demás utilizados en diferentes países, solo que su eficiencia es proporcional al momento empresarial de cada época. La Corte Suprema de Justicia en magistral providencia, conocida como C-620 de 2012, se ocupa de presentar un comparativo de algunos sistemas concursales en el mundo:

- En Alemania, tienen un código de insolvencia expedido en el año 1999, el cual propone dos alternativas: si la empresa es viable se debe presentar un riguroso plan de insolvencia que garantice el mejoramiento de la crisis y la compensación de intereses. En caso de inviabilidad, el deudor debe pagar las obligaciones con sus bienes.
- En Estados Unidos tenían una Ley de quiebras desde 1898, fue reemplazada en el año 1978 y modificada en año 2005, para proteger al consumidor, allí se manejan más de cinco procesos concursales incluyendo la liquidación y la reorganización, el procedimiento contiene etapas caracterizadas por el acompañamiento a deudores y acreedores a cuenta de un tribunal durante todo el evento, a fin de garantizar la continuidad del deudor o terminar los contratos no ejecutados.
- En el Reino Unido existen tres procedimientos: la administración judicial, que es un procedimiento ideado para salvar a la empresa o lograr para los acreedores un mejor resultado que el que se obtendría con su liquidación; *la administrative receivership*, en la cual el titular de un crédito con una garantía indeterminada (*floating charge*) sobre una parte o conjunto sustancial de los activos de la empresa, nombra un profesional en insolvencias denominado *administrative receiver* y la liquidación.
- En España, el régimen concursal está contemplado en la Ley 22 de 2003, su iniciación permite al deudor la conservación de su patrimonio, su continuidad como comerciante, la suspensión de obligaciones con garantías reales, la acumulación de procesos ordinarios, se prohíbe la compensación de obligaciones, se suspende el cobro de intereses y el derecho de retención, entre otros pero garantizando la continuidad de los contratos estatales.
- En “México, el 21 de mayo de 2000 se expide la Ley de concursos, esta norma reconoce que es de interés público conservar las empresas y evitar que el

incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios. El concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas: la conciliación, cuya finalidad es lograr la conservación de la empresa y la quiebra, que tiene por objeto la venta de la empresa del comerciante, de sus unidades productivas o de los bienes que la integran para el pago a los acreedores reconocidos”.

- En Argentina, la Ley 24522 comprende el concurso preventivo y quiebra. En el primero las causas son la cesación de pagos, donde el empresario conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia de un síndico, la suspensión de los intereses que no estén garantizados con prenda o hipoteca, la continuidad de los contratos, la prohibición de suspender servicios públicos y la suspensión de medidas cautelares. En la quiebra se destinan los bienes a fin de cumplir con los derechos de los acreedores.
- En Perú, el régimen de los concursos está contemplado en la Ley 27809 del 5 de agosto de 2002, cuyo objetivo es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Dentro del proceso concursal se puede llegar a un acuerdo de reestructuración o a un convenio de disolución y liquidación: el acuerdo de reestructuración se rige por un plan de reestructuración con el objeto de continuar con las actividades de la empresa, pagar los pasivos y buscar la refinanciación de la empresa, por su parte, la disolución se rige por un acuerdo de disolución y liquidación que implica la entrega de bienes y acervo documentario, la venta y adjudicación de activos del deudor, el pago de créditos garantizados y la designación de un liquidador encargado de la administración temporal de la empresa. (Corte Constitucional, Sentencia. 620 de 2012).

De lo anterior se deduce “que en el derecho comparado: (i) se distingue una modalidad de proceso concursal dirigida a la reestructuración de la empresa en la cual se busca la continuidad de su actividad económica sin ninguna discriminación respecto de otras empresas de una modalidad dirigida a la disolución y liquidación de la empresa

para el pago de la masa pasiva; (ii) se establece un régimen especial que protege a la empresa en proceso de reestructuración y le otorga garantías especiales tales como la continuidad de su actividad y de los contratos que se encuentran en ejecución, la reducción de los intereses y la suspensión de los procesos vigentes” (Sala plena de la Corte Constitucional, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 y 21 de la Ley 1116 de 2006 y 17 de la Ley 80 de 1993. Sentencia C – 620 de 20012, expediente D- 8955, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Origen de la Superintendencia de Sociedades y su función jurisdiccional

Con la Ley 58 de 1931 se creó la Superintendencia de Sociedades Anónimas como entidad administrativa para la vigilancia de estas sociedades y las sucursales extranjeras, sólo hasta octubre de 1939 comenzó a ejercer sus funciones, más adelante por el año de 1967, amplía su función administrativa a toda clase de sociedades en las que estuviere involucrada una sociedad anónima, o que tuviere inversión de capital extranjero.

En el año 1968 se le denomina Superintendencia de Sociedades, la cual es considerada como “un organismo técnico, adscrito a un Ministerio, hoy al de Comercio Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio”, a través del cual el presidente de la república promueve el desarrollo del sector empresarial. Ejerce de manera objetiva a través de control posterior, funciones de inspección, vigilancia y control de manera integral pero preventiva mediante campañas pedagógicas, además ha avanzado en la prestación de servicios propios de su función administrativa, con actividades complementarias como prestar servicios gratuitos de arbitraje y conciliación, resuelve consultas sobre temas que le son de su competencia, adelanta investigaciones sobre irregularidades en el desempeño societario, promueve estudios técnicos para el mejoramiento de las entidades bajo su control, como el estudio técnico de los estándares internacionales de contabilidad, entre otros, con la expedición de la Constitución de 1991, la Superintendencia adquiere plenas funciones jurisdiccionales, (Informe de gestión 2011).

El Artículo 7° del Decreto 1023 de 2012 establece las funciones generales de la Superintendencia de Sociedades de la siguiente manera:

La Superintendencia de Sociedades tendrá las funciones establecidas en el Decreto 410 de 1971, el Decreto 1746 de 1991, la Ley 222 de 1995, la Ley 363 de 1997, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1517 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, la Ley 550 de 1999, la Ley 603 de 2000, el Decreto 2080 de 2000, la Ley 640 de 2001, el Decreto 1844 de 2003, la Ley 1116 de 2006, la ley 1173 de 2007, la Ley 1258 de 2008, el Decreto 4334 de 2008, la Ley 1314 de 2009, la Ley 1429 de 2010, la Ley 1445 de 2011, la Ley 1450 de 2011, el Decreto 19 de 2012 y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, así como las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.

Junto al anterior paquete normativo, se suma el artículo 209 de la C.N., con los cuales la Superintendencia de Sociedades desarrolla por delegación las actividades de carácter administrativo que constitucionalmente le corresponden al Presidente de la República, esta entidad en su función está controlada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, con relación a los principios de celeridad, eficiencia, economía, etc. Dentro del mismo paquete normativo pero fundamentado en el artículo 116 de la C.N., la Superintendencia de Sociedades queda habilitada para ejercer funciones jurisdiccionales.

En nuestro país son muchas las razones que se aducen para justificar el que una entidad administrativa ejerza funciones judiciales, pero haciendo una clasificación genérica nos encontramos con que pueden ser dos: de un lado está el hecho de la incapacidad institucional que tiene la rama judicial, para dar respuesta a la solución de conflictos y de otro la flexibilidad jurídica que trajo la Constitución de 1991. Señala el Dr. Luis Guillermo Vélez Cabrera, superintendente de sociedades, que la principal razón para que la entidad a su cargo asuma funciones judiciales en el proceso de insolvencia, tiene que ver con la baja atención en el tema por parte de la rama judicial, a manera de ejemplo establece el funcionario, que son tres las variables en la solución judicial de un conflicto por incumplimiento de obligaciones: a) procedimientos para lograr el pago, b) tiempo de duración hasta su logro y c) su costo.

Un informe de la Superintendencia de Sociedades revela que en el sector judicial la solución del conflicto ocasionado por el incumplimiento del deudor, tramitado ejecutivamente, se requieren 34 procedimientos, que representan un tiempo estimado de 1.346 días, con un costo equivalente al 47.2% del valor de la obligación, mientras que el mismo conflicto resuelto a través de un proceso liquidatorio de insolvencia, tarda 1.3 años, recuperándose el 83% de la obligación (Revista Supersociedades 28 de diciembre de 2012).

De acuerdo a las cifras anteriores, Colombia en el mundo ocupa el puesto 149 en la solución de conflictos a través de procesos ejecutivos tramitados en la rama judicial, mientras que la Supersociedades ocupa el puesto 12 solucionando el mismo conflicto a través del proceso colectivo de insolvencia. El superintendente explica lo que a su criterio son las razones de este fenómeno: la Superintendencia de Sociedades tiene una amplia experiencia en la solución de esa clase de conflictos ya que desde 1969 ha sido responsable en materia de recuperación empresarial, esto hace que la entidad cuente con una adecuada e importante estructura que le permite tener equipos de profesionales especializados en el tema, (abogados, contadores, administradores, financieros), mientras que en la jurisdicción civil desde 1971 sólo ha tenido dos reformas, Decreto 2282 de 1989 y Ley 794 de 2003 (Revista de supersociedades 28 de diciembre de 2012).

Las consideraciones del Superintendente tienen asidero jurídico en la moderna concepción de un Estado Social de Derecho como el nuestro, aunque el Estado es unitario y el poder orgánicamente se mantiene dividido en las tres ramas tradicionales, hay unidad de poder pero separación de funciones o separación funcional, esto a fin de limitar y determinar las competencias de los diferentes órganos del Estado y con ello el funcionamiento del poder, pero con una concepción de colaboración armónica institucional. (Art. 113 Cons. 1991).

La Constitución Colombiana en el año 1936, se reforma a través del acto legislativo No 1, allí se introduce la teoría organicista que habla del poder público como uno sólo e indivisible, en el año 1945 se reforma nuevamente y la teoría organicista fue sustituida por la teoría de la división y distribución funcional o material del poder

público agrupado en ramas para su ejercicio, tal principio se viene conservando y es reproducido por la Constitución de 1991 (artículo 113 C.N.). Esa colaboración armónica institucional, en términos constitucionales se observa de la siguiente manera:

- La función administrativa del Estado está a cargo del ejecutivo, pero el legislativo también la hace por ser una corporación autónoma en el manejo de sus recursos, o la judicial en manos del Consejo Superior de la Judicatura, etc.
- La función legislativa está a cargo del Congreso de la República, pero el ejecutivo también la hace cuando expide Decretos con fuerza de Ley, Decretos legislativos, igual las cortes cuando hacen pronunciamientos políticos, en guarda de la Constitución.
- La función judicial está a cargo de las cortes y toda su estructura, pero excepcionalmente también el congreso cuando investiga a altas dignidades, o el ejecutivo y particulares quienes en ejercicio del art. 116 de la Constitución ofician como operadores judiciales, tal es el caso de la Superintendencia de Sociedades a quien le estamos analizando su gestión.

Jurídicamente el asunto no soporta mayor análisis porque los estados se adecuan constitucional y legalmente con el propósito de justificar una supuesta colaboración institucional, en relación con el traslado de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas tenemos el artículo 116 de la Constitución política que permite tal práctica pero con numerosos inconvenientes por el riesgo de violar el principio constitucional de la división de poderes contemplado en el artículo 113 de la Carta Magna, que de no ser cuidadosamente preservado convertiría la estructura de Estado en una mera presentación teórica. Respecto al tema la Corte Constitucional ha asumido diversas posiciones en pro y en contra, para el primer caso profirió la sentencia 156 de 2013 donde señala los requisitos para que las entidades administrativas ejerzan funciones jurisdiccionales, para el segundo, profiere la sentencia C-312 de 1997 rechazando contundentemente y con muy buenos argumentos la indiscriminada “colaboración institucional”.

El tema sobre la colaboración institucional de todas maneras es bastante delicado, pareciera más una lucha por la repartición del poder que por la búsqueda del bien común cual es la máxima aspiración de un Estado Social de Derecho. Vemos como en todas las esferas del poder se ha insertado una incontrolable corrupción, conocemos los llamados carruseles, la enorme escalada de impuestos, el llamado “cartel de los togados” denominado así por la columnista Natalia Espringer en artículo de “El Tiempo” de 4 de noviembre de 2013, por lo que la sociedad vive una situación permanente de inseguridad, hay insuficiente presencia del Estado Social de Derecho en muchos aspectos de la vida judicial del país.

No sabemos si la presencia de organismos como la Superintendencia de Sociedades al ejercer funciones jurisdiccionales en un tema tan sensible para la sociedad por la sostenibilidad económica del Estado, esté desarrollando su mejor papel o por el contrario va tras el negocio que pueda representar la justicia onerosa, aprovechando que el Estado no ha asumido la obligación de fortalecer a los operadores judiciales en esta disciplina, tal como ocurren en otros países donde el tema es una verdadera jurisdicción.

La Superintendencia de Sociedades al tener funciones jurisdiccionales, está sometida al estatuto general de la administración de justicia, donde el artículo 13 le advierte no poder realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal. El código general del proceso por competencia a prevención, amplía las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades respecto a conflictos de sociedades mercantiles, en casos donde anteriormente eran de su conocimiento pero en función administrativa, el artículo 19 de la citada norma señala que la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

- a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.
- b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.
- c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que

haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez. d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la Ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios. e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja.

Queda el interrogante de si la Superintendencia de Sociedades cuando oficia como operador judicial en los procesos de insolvencia está cumpliendo con esos requisitos o si por el contrario la función es violatoria legal y constitucionalmente. En materia jurisdiccional, la Superintendencia de Sociedades ha tenido dos fundamentos: antes de 1991 los procesos de insolvencia se llevaban a cabo apoyados en normas legales, con la expedición de la Constitución política de 1991 por virtud del artículo 116 numeral 3º, los procesos de insolvencia adquieren un rango Constitucional. De esta actividad jurisdiccional por cuenta de la Superintendencia de Sociedades surgen muchas inquietudes, digamos por ejemplo: a) como se está asumiendo la responsabilidad por eventuales perjuicios ocasionados con su función jurisdiccional, b) como se explica que sociedades vigiladas, controladas, e inspeccionadas, en un ejercicio de prevención administrativa de parte de la Superintendencia, resulten en estado de crisis e inmediatamente pasen a ser judicializadas por esta, a fin de recuperar o liquidar, c) porque los recursos económicos que invierte el gobierno para que este organismo administrativo ejerza funciones jurisdiccionales, no los destina para fortalecer la rama judicial en esta disciplina, estos y otros interrogantes son objeto de análisis en el presente estudio.

Frente a esta realidad, se presenta la preocupación de que en un Estado de Derecho y más aún en un Estado Social de Derecho como el nuestro, todos los órganos que le componen deben estar sometidos al cumplimiento de la Ley, para ello el órgano judicial debe tener suficientemente garantizada su independencia, doctrinantes como Mortara (1992), señala que allí es donde se concibe más radicalmente la idea de soberanía, fallar afectando la garantía de los derechos ocasiona más oportunidades de abuso. El ejercicio jurisdiccional es una tarea tan delicada, tan celosamente concebida, que fue uno de los propósitos contenidos en las concepciones liberales, ya lo advertía Montesquieu (2000), en su obra del espíritu de la leyes, de la siguiente manera:

“El poder de juzgar, tan terrible para los hombres se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado estado o profesión, como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados. Es preciso incluso que, en las acusaciones graves, el reo, conjuntamente con la Ley pueda elegir a sus jueces, o al menos que pueda recusar tantos que, los que queden, puedan considerarse como de su elección”

En el presente siglo, estamos en presencia de una función pública de estado que tiene como finalidad primordial la garantía del derecho de todos y que las instituciones creadas por el constituyente de 1991 deben cumplir con ese propósito.

“Uno de los presupuestos esenciales del Estado Social de Derecho, es el de contar con una debida administración de justicia y a través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados”...se trata del compromiso general en alcanzar la convivencia pacífica y de mantener la concordia nacional y de garantizar la integridad de un orden político, económico y social justo” (Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Actualmente en nuestro país, la Constitución de 1991 en sus artículos 228 y 229 señala unos principios constitucionales, correspondientes a la celeridad, la autonomía, la independencia judicial, prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimiento y el

libre acceso a la administración de justicia. La Ley estatutaria de administración de justicia, 270 de 1996 adicionada por la Ley 1258 de 2009, establece para todo operador jurídico, caso Supersociedades, que se deben cumplir con:

- **Celeridad y oralidad:** La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.
- **Gratuidad:** La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.
- **Mecanismos alternativos:** La Ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios. Excepcionalmente la Ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la Ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la Ley.
- **Autonomía e independencia de la rama judicial:** La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario

judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

- **Eficiencia:** La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la Ley.
- **Respeto de los derechos:** Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.
- **Acceso a la justicia:** El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público.
- **Derecho de defensa:** En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la Ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la Ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla.
- **Prevalencia del derecho sustancial:** Es el desarrollo del artículo 228 de la Constitución, con el objeto de garantizar la efectividad del derecho material, de esa manera se busca que las formalidades impidan el ejercicio del derecho.
- **Imparcialidad:** Concepto sostenido por la Corte Constitucional, señalando que se trata de un asunto no solo de índole moral y ética sino de honestidad y

honorabilidad del juez, a fin de generar confianza en el encargo de determinar la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos.

En las sentencias C-625 del 2003 M.P. doctora Clara Inés Vargas, 415 del 2002, M.P. Eduardo Montealegre Linett, C-586 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-493 del 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, han señalado que a las partes en el proceso concursal se les deben garantizar los elementos característicos del debido proceso del artículo 29 de la Constitución Nacional, la legalidad del procedimiento, sus relaciones con otros de ejecución, el ejercicio de contradicción, la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas, en general la jurisprudencia le exige a la Superintendencia en su tarea como juez en ejercicio restrictivo, es decir en los términos del artículo 116 numeral 3º, asegurar todas las garantías que le ordena la Ley a los demás operadores judiciales, en consonancia con los principios de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad.

¿Qué tanto descuida la Superintendencia de Sociedades sus funciones constitucionalmente naturales para ocuparse de otras que por su esencia no le corresponde en un aparente estado de prejudicialidad por su doble papel sobre las personas jurídicas mercantiles?

Cuando la Superintendencia de Sociedades actúa como operador judicial, salta a la vista una preocupante situación que tiene que ver con la carencia de autonomía, independencia e imparcialidad en su tarea de administrar justicia, esta irregularidad se desprende de las funciones constitucionales asignadas al Presidente de la República, pasando por las del Ministerio de Comercio Industria y Turismo al cual está adscrita la entidad y terminando en sus propias funciones.

El artículo 189 de la Constitución Nacional señala las atribuciones del Presidente de la República dentro de las cuales están las necesarias para el ejercicio de las funciones como máxima autoridad administrativa, el numeral 24 establece las de inspección, vigilancia y control a las sociedades mercantiles, facultad de carácter administrativo que delega en la Superintendencia de Sociedades, es decir el Presidente de la República sólo delega en el Superintendente funciones administrativas nunca

jurisdiccionales porque no las tiene y porque la función de administrar justicia no es delegable, en consecuencia no se entiende porqué el jefe del órgano de control, resulta rindiéndole informes de gestión al Presidente, no sólo de las funciones delegadas sino de aquellas no delegadas como las jurisdiccionales, en esa medida aquella función jurisdiccional ejercida por el ente de control, resulta de manera indirecta en cabeza del jefe de estado, en una clara inconstitucionalidad facilitada por la misma Constitución Nacional en aplicación del artículo 116 de la Carta Magna. El artículo 8º, numerales 10º y 17, del Decreto 1023 de 2012, por el cual se estructura la Superintendencia de Sociedades, respalda la afirmación hecha al señalar:

Artículo 8. Despacho del Superintendente de Sociedades. Son funciones del Despacho del Superintendente de Sociedades las siguientes:

(...)

10. Presentar anualmente al Presidente de la República informes sobre el funcionamiento general de la Superintendencia, el desarrollo y la ejecución de sus planes y programas;

(...)

17. Presentar los informes que requieran el Gobierno Nacional, los entes de control y demás entidades públicas, sobre las funciones, proyectos y acciones de la Superintendencia;

Lo pertinente sería, que como las funciones jurisdiccionales corresponden a la Rama Judicial, entonces los informes de la Superintendencia de Sociedades sobre su gestión judicial deban ser presentados al Consejo Superior de la Judicatura, tal y como ocurre con los despachos judiciales. De otro lado, la carencia de autonomía, independencia e imparcialidad, también se ve afectada en razón a que el responsable directo de la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades es el señor Superintendente, el Decreto 1023 de 2012, en su artículo 8º, al establecer las funciones de este señala:

(...)

4. Dirigir, orientar, coordinar y controlar el ejercicio de las facultades jurisdiccionales asignadas por ley, sin perjuicio de la delegación de funciones correspondientes;

(...)

12. Nombrar y remover a los funcionarios de la Entidad de conformidad con las disposiciones legales;

(...)

8. Crear, organizar y suprimir grupos internos de trabajo y designar al funcionario que actuará como coordinador de cada grupo;

(...)

20. Asignar, reasignar y distribuir las competencias de las distintas dependencias de la Superintendencia para el mejor desempeño en la prestación del servicio;

(...)

Parágrafo 2. Las funciones asignadas a las Delegaturas, Direcciones y Oficinas y cualquier otra dependencia, podrán ser ejercidas en cualquier tiempo por el Superintendente de Sociedades.

Por su parte el Decreto 1024 de 2012, por el cual se modifica la planta de personal de la Superintendencia de Sociedades, en su artículo 2º se establece que dicha planta de personal es global, en ella está incluido el delegado para procesos de insolvencia, funcionario ejecutor de la actividad jurisdiccional en esta entidad. Adicionalmente el artículo 3º establece lo siguiente:

“El Superintendente de Sociedades distribuirá los cargos de la planta global a que se refiere el artículo 2 del presente decreto, mediante acto administrativo y ubicará el personal teniendo en cuenta la organización interna, las necesidades del servicio, los planes y programas de la entidad.

Regresando al Decreto 1023 de 2012, norma por la cual se estructura la Superintendencia de Sociedades, en su artículo 17 se establecen las funciones de la Delegatura de Procedimientos de Insolvencia, cuya actividad es eminentemente judicial, particularmente en los numerales 1 y 2 se lee lo siguiente:

(...)

Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos de Insolvencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado de Procedimientos de Insolvencia las siguientes:

1. Conocer de los procesos concursales y de insolvencia en ejercicio de las funciones jurisdiccionales otorgadas por la ley;
2. Dirigir los procesos concursales y de insolvencia y lograr que se cumplan las finalidades de los mismos;

Queda claro que los funcionarios de la Superintendencia de Sociedades pertenecen a planta global caso de los Superintendentes delegados quienes ejercen funciones jurisdiccionales, además son de libre nombramiento y remoción del Superintendente, en consecuencia estos operadores judiciales no tienen la estabilidad requerida para el ejercicio el cargo y por tanto no cumplen con los requisitos de excepcionalidad establecidos en el artículo 116 de la Constitución Nacional, pero tampoco con lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia C-156 de 2013, la que hace un estudio pormenorizado sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas. En la delegatura para procesos de insolvencia, el número de funcionarios varía de acuerdo al criterio del Superintendente, para el momento de esta investigación la delegatura cuenta con 72 funcionarios de planta vinculados mediante libre nombramiento y remoción y otros de carrera, de estos en el área de reorganización empresarial están asignados 18 funcionarios a nivel nacional.

El tema se agrava porque los pronunciamientos de la Superintendencia en materia judicial no tienen doble instancia sin importar la naturaleza y cuantía del asunto, esta circunstancia es preocupante por el riesgo de incurrir permanentemente en error judicial, porque los fundamentos legales empleados en los fallos son de prevalencia procesal, es decir la institución no cuenta con doctrina suficiente lo cual hace que el funcionario se limite a la aplicación de normas procesales. En informe de la Corporación Excelencia en la justicia del año 2012, se establece que la Superintendencia de Sociedades reportó demandas por 124 millones de pesos en 2008 a 37.722 millones de pesos en el 2011, las acciones se incrementaron enormemente de 2010 a 2011, en aquel año las pretensiones fueron por \$ 1billón de pesos, un año después ascendieron a \$ 37 billones de pesos, estas cifras están por encima de la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura.

CAPÍTULO V

APLICACIÓN METODOLÓGICA

Para esta investigación se utilizaron tres instrumentos de apoyo, los cuales corresponden a: observación directa, datos estadísticos y entrevistas.

La observación directa por parte del investigador tiene el propósito de analizar, valorar y describir, todo aquello del documento que resulte trascendente para el fin perseguido, entre estos aspectos, tenemos: una apreciación global de los diversos temas tratados en el desarrollo del presente informe, en el mismo sentido, apreciar las instalaciones donde la Superintendencia desempeña su función jurisdiccional, particularmente lo relacionado con el espacio físico donde se llevan a cabo las audiencias, identificar el perfil de los funcionarios que ofician como operadores judiciales en el proceso de reorganización empresarial, establecer los trámites procesales en el proceso de insolvencia respecto de la parte de reorganización, revisar como se está haciendo toda la comunicación de las diversas providencias, observar los procedimientos de protocolo o admisión de las demandas, determinar toda la estrategia de atención al usuario junto al nivel de aceptación del servicio por parte de este, permitir hacer una comparación entre la gestión llevada a cabo en la Superintendencia, frente a la misma gestión desarrollada en los juzgados civiles.

Respecto a los datos estadísticos que corresponden a una serie de gráficas que fueron elaboradas por la Superintendencia de Sociedades, nos permitimos medir la eficiencia de su gestión según los criterios de la entidad.

Finalmente con las entrevistas, nos proponemos valorar la función de la Superintendencia de Sociedades como operador judicial, siendo una entidad de carácter técnico administrativo perteneciente al poder ejecutivo, estas entrevistas son de carácter semiestructurado en el sentido de enfocar la atención de los entrevistados alrededor del tema, por ello las preguntas son abiertas pero relacionadas con la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de insolvencia, como los resultados de esa gestión, los eventuales perjuicios ocasionados, los costos de la gestión entre otros.

Se practicaron cinco entrevistas a connotados investigadores sobre el tema objeto de estudio, funcionarios judiciales de la Superintendencia de Sociedades y magistrados tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia.

Los entrevistados son:

- Dr. Henry Alberto Becerra león, abogado especializado en temas jurídicos mercantiles, doctor en derecho, ha publicado importantes obras relacionadas con bienes mercantiles particularmente de títulos valores, profesor universitario para cursos de pregrado y postgrado en importantes instituciones universitarias, tanto del país como del extranjero, asesor jurídico y litigante.
- Dr. Álvaro Barrero Buitrago, abogado especializado en temas jurídico mercantiles, con maestría en derecho procesal, ha publicado importantes obras relacionadas con bienes mercantiles, procedimientos mercantiles, reestructuración e insolvencia de empresa, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, decano de facultades de derecho, árbitro de la cámara de comercio, promotor en procesos de reestructuración e insolvencia, empresarial, profesor universitario para cursos de pregrado y postgrado en importantes instituciones universitarias, tanto del país como del extranjero, asesor, consultor y miembro socio de la firma Moncayo & asociados.
- Dr. Jairo Enrique Alvarado, magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia sala civil, con maestría en sociología jurídica, profesor universitario para cursos de pre y postgrado en reconocidas facultades de derecho en el país, asesor, consultor y litigante ante diversas corporaciones sobre temas mercantiles.
- Dr. Mario Fernando Parra magistrado auxiliar de la Corte Constitucional, con maestría en sociología jurídica, profesor universitario para cursos de pre y postgrado en reconocidas facultades de derecho en el país, asesor, consultor y litigante ante diversas corporaciones sobre temas mercantiles, tratadista en temas relacionados con responsabilidad jurídica.

- Dr. Juan Camilo Herrera Carrillo, funcionario coordinador del grupo de reorganización empresarial en la superintendencia de sociedades, operador judicial ara asuntos de insolvencia empresarial en la misma entidad.

Dr. Álvaro Barrero Buitrago: señala el doctor Barrero que la competencia de la Superintendencia de Sociedades está mal diseñada, la acomodaron para que no tuviera segunda instancia, con ello un manto de duda sobre la imparcialidad de los fallos y una contradicción en el sentido de que por asuntos menos importantes se garantiza la doble instancia en la rama judicial, sin embargo esta función a cargo de la Supersociedades presenta el problema constitucional de que la segunda instancia estaría en manos del presidente de la República por ser el superior inmediato del superintendente, circunstancia imposible constitucionalmente, en consecuencia por esa razón esta función trasladada no tiene razón de ser.

Otro gran inconveniente tiene que ver con la naturaleza de los pronunciamientos en el sentido de que en oportunidades al interior del mismo proceso aparecen actuaciones que no son jurisdiccionales sino administrativas, a pesar de que la jurisprudencia ha señalado los temas objeto de función judicial para las entidades administrativas, hay una frontera tan fina, que cuando el usuario llega ante el operador jurídico enfrenta el dilema de si una determinada actuación es administrativa o jurisdiccional, ese punto igualmente genera no solo confusión sino que atenta contra el debido proceso, esta circunstancia le ha ocasionado al estado demandas de reparación directa por error judicial.

Dr. Henry Alberto Becerra León: lo personalmente percibido es que a la Superintendencia de Sociedades el número de demandas de insolvencia ha disminuido ostensiblemente, la gente tal vez no cree en eso y se ve con tristeza que muchos deudores deciden más bien abandonar incluso el país, dejar los bienes para que los acreedores en procesos ejecutivos se los repartan sin llegar al proceso de insolvencia porque no le creen a eso. En los procesos que he visto de la Superintendencia, sí nosotros vamos a hablar de una calificación sobre 100, creería que los resultados sin saber que pasa por dentro de cada proceso, la Superintendencia puede tener en este

momento unos resultados favorables del 50% sobre los 100 casos de solución efectiva y un 50% que eso no produce ningún efecto, la reestructuración en un gran porcentaje se va a liquidación y las liquidaciones terminan acabando la empresa como unidad económica, sin satisfacer las obligaciones de los acreedores ni la preservación del empleo, siendo los dos grandes objetivos que se propuso la ley y que no se están cumpliendo.

El proceso es oneroso, porque de todas maneras al utilizar estos servicios, si bien es cierto que la Superintendencia no le está cobrando estipendios como si le cobraría el juez, y en la ley de aranceles no se trajo este tema afortunadamente, es claro que para presentar la demanda, se hace necesario hacer unos pagos que son cuantiosos en el tema contable, se deben tener contadores que sean lo suficientemente honestos y conocedores del tema para presentar la contabilidad como se requiere en este tipo de procesos, hay que hacer estudios económicos pagos que no son del contador, normalmente son de economistas o de administradores de empresas quienes proyecten la viabilidad de la empresa, eso no es gratuito y dentro del proceso, el costo de los liquidadores, lo que se ve es que están haciendo gastos justificados desde luego pero que van a afectar necesariamente la masa del deudor que está en el concurso, así que finalmente son muchos los gastos que el liquidador legaliza o el promotor legaliza que afectan esa masa y que finalmente afecta tanto a los acreedores como al deudor, o sea que la onerosidad si bien es cierto desde el punto de vista legal y en la teoría uno diría no existe, en la práctica los procesos son supremamente onerosos, mas lo del abogado.

Desde mi experiencia profesional, he visto en primer lugar que, tal vez, la propia Ley tiene una falencia muy grande al creer que un proceso de insolvencia o de reorganización, se maneja a partir de los términos procesales y no de soluciones prácticas, que tienen que ver básicamente con el problema al que se enfrenta el juez, que es la falta de pagos; normalmente el sujeto que llega, sea comerciante, persona natural o persona jurídica, a solicitar la reestructuración de su empresa, es porque no tiene dinero, la Ley no consagró una posibilidad real para colaborar en consecución de dineros, la Ley de insolvencia se limitó básicamente a tocar unos temas de orden procedimental como si los términos en un proceso mayores o menores solucionarían el problema de insolvencia.

Dr. Jairo Enrique Alvarado: por su condición de magistrado puede llegar a tener incompatibilidades con su ejercicio razón por la cual no autoriza publicar la entrevista, sin embargo le extraña que este proceso en la Superintendencia esté blindado en el sentido de que las decisiones se toman por un pequeño grupo y sea cual sea su decisión esta queda como en silencio. Por otro lado se pregunta sobre una irregularidad procesal: el proceso de reorganización está justificado por un grupo de normas a saber: Constitución, Código general del proceso Ley 116, antes Ley 550 y en general todo el acervo legal que viene acompañando este proceso en la Supersociedades, ¿Por qué estas decisiones no tienen segunda instancia, sin embargo, si se descubre que unas de las razones por las cuales la organización empresarial entró en crisis son una serie de contratos simulados a favor de los socios, entonces sobre esas operaciones fraudulentas se interponen recursos de revocatoria acción que si tienen segunda instancia, en consecuencia, no se explica porque para una cosa pequeña al interior del proceso de insolvencia si hay recurso y para el grueso del proceso no?

Dr. Mario Fernando Parra: por su condición de magistrado puede llegar a tener incompatibilidades con su ejercicio razón por la cual no autoriza publicar la entrevista, pero no comprende porque el interés del gobierno en trasladar indiscriminadamente funciones judiciales que le son propias a la rama. De otro lado también le preocupa la carencia de la segunda instancia en un proceso tan oneroso y finalmente, ve con desconfianza la gestión judicial por parte de este órgano administrativo ya que no hay claridad en la independencia que debe tener el operador judicial en sus fallos.

Dr. Juan Camilo Herrera Carrillo: el doctor Herrera por ostentar la función de coordinador judicial para el proceso de reorganización empresarial, no autorizó publicar la entrevista, sin embargo, sus aportes estuvieron relacionados con las bondades de la gestión y el importante papel que cumple la entidad que representa en la función jurisdiccional.

CONCLUSIONES

Luego de practicar las entrevistas, seleccionar y analizar los datos gráficos y establecer los aspectos objeto de observación directa, se hace el correspondiente análisis simultáneamente con las conclusiones, para lo cual se establecen unas variables de comparación relacionadas con la forma como se ha comprendido y manejado el poder a través de la historia, el contraste del principio de la división del poder frente la armoniosa colaboración institucional, la función judicial como órgano de garantía en un Estado de Derecho, la función judicial ejercida por cuenta de organismos administrativos, la Ley de insolvencia como instrumento de recuperación empresarial, la Superintendencia de Sociedades como operador judicial, las ventajas o desventajas de la función judicial por cuenta de la Superintendencia de sociedades en el proceso de reorganización dentro de la insolvencia empresarial y demás variables encaminadas a establecer el logro de los objetivos.

Observamos que el hombre a lo largo de la historia, ha hecho uso del poder como mecanismo de liderazgo y cohesión social, con resultados benéficos pero en oportunidades perversos según haya sido su fin. Este elemento siendo tan necesario en una sociedad es a su vez muy maleable, circunstancia que permite su apropiación particular, generando grandes desigualdades al punto que en ocasión el ser humano ha sido convertido en objeto, reducido a la condición de esclavo negándosele cualquier respeto a sus más elementales derechos, puesto al servicio de dinastías caracterizadas por estructuras gubernamentales absolutistas, despóticas y excluyentes.

Los sistemas sociales y políticos fueron cambiando hecho que transformó el ejercicio del poder, a ello se suman las nuevas formas de crear riqueza como elemento que modificaría el futuro de la humanidad, a partir de aquello aparecen novedosos modelos de producción industrial donde la empresa resulta siendo protagonista y eje de desarrollo político, social económico, etc., circunstancia que permitió la democratización del poder a través de mecanismos como la teoría de su división, el estado de derecho, respeto por la dignidad humana, la libertad individual y todo un conjunto de mecanismos protectores de los derechos humanos individuales.

En Colombia conforme al artículo 113 de la Constitución Política se sigue el principio de la división de poderes, justo con el propósito de evitar el ejercicio abusivo del poder por parte de los gobernantes en contra de la libertad de los ciudadanos, al tiempo que permite un control mutuo entre las ramas del poder público, sin embargo, por la multiplicidad de actividades que se llevan a cabo en una sociedad moderna, esa división tan rígida no permitiría el cumplimiento de los fines estatales, razón por la cual el mencionado principio se ejerce bajo una condición moderada, de tal manera que se garantice la colaboración armónica institucional, así que el ejecutivo puede adelantar funciones legislativas, como cuando desarrolla leyes marco, o el legislativo ejerce funciones jurisdiccionales mediante la investigación de los llamados aforados, o como en el caso del artículo 116 de la carta, que permite funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, tal es el caso de la Superintendencia de Sociedades en los procesos de insolvencia.

Las formas modernas de producción cambiaron la manera de generar riqueza al tiempo iban creando una cultura de carácter empresarial la cual se convirtió en eje de desarrollo social, por esta razón su apoyo, cuidado y protección está a cargo de las máximas autoridades del Estado, elevándose la regulación a rango constitucional. En nuestro país la dirección de la actividad empresarial la tiene el Presidente de la República, así lo establece la Carta Política en sus artículos 333 a 335, en consecuencia, las políticas deben estar encaminadas a la sostenibilidad de los entes productivos, ante un peligro de crisis, es necesario salir al salvamento con el objeto de proteger el crédito, preservar el empleo, proteger los recursos, proteger los intereses de acreedores y deudor, esta importante labor es delega por el Presidente de la República en organismos técnicos creados para el efecto, como la Superintendencia de Sociedades, entidad que en su función natural no debe perder el rumbo, para ello se debe tecnificar, proponerse una mayor cobertura de gestión, de manera coordinada debe impulsar los procesos de globalización empresarial, estimular la competitividad de nuestras empresas en el plano internacional, en este aspecto como vemos la presente entidad tiene grandes retos donde tiene que volcar todos sus esfuerzos, en cambio de estar desempeñando de manera precaria funciones que le pertenecen a otras instituciones especializadas en administrar justicia, incluida la correspondiente a temas empresariales.

Es evidente que la mejor garantía de supervivencia empresarial son las estrategias de prevención y no las de corrección, las primeras es tarea de las Superintendencias en su función natural, mientras que las segundas se están llevando a cabo a través de las funciones jurisdiccionales trasladadas a estos organismos, en esa medida el papel del gobierno debe estar encaminado a contrarrestar preventivamente los factores internos y externos que provocan crisis en las unidades productivas, adicionalmente el Estado está en la obligación de ejercer un liderazgo en la solución del conflicto privilegiando el acuerdo de voluntades entre deudores y acreedores a fin de lograr una amigable composición entre estos, tal y como fue la filosofía de la Ley de reestructuración empresarial que dio muy buenos resultados, a diferencia de la actual de insolvencia, que tiene un carácter judicial y sancionatorio algo parecido a la criticada Ley de quiebras.

Del estudio y análisis a las variables utilizadas, se concluye que por la complejidad de las relaciones que interactúan al interior de aquellas unidades productivas, además por los diversos factores internos y externos de toda índole que inciden en la crisis, las estrategias gubernamentales de protección y recuperación empresarial no pueden estar únicamente focalizadas sobre el problema puntual de la falta de liquidez, no se compadece que se excluyan de atención aquellas unidades productivas que adolecen de otra clase de inconvenientes, las cuales quedan condenadas a una inminente liquidación obligatoria que es llevada a cabo por la Superintendencia en función jurisdiccional. En ese sentido, el objeto de la ley de insolvencia empresarial no corrige, no protege, no previene, no tiene razón de ser como instrumento de prevención a las eventuales crisis de las organizaciones empresariales y como efecto de lo anterior, la labor de la Superintendencia en su función judicial de reorganización, pierde protagonismo por el carácter excluyente del proceso.

El gobierno a través de la Superintendencia de Sociedades está en la obligación de implementar políticas de corto y largo plazo encaminadas a la protección de la empresa provocando estímulos en diversos planos, como en el tecnológico con el cual se garantizarían sofisticadas cadenas de producción capaces de ser competitivas a nivel internacional, implementar mecanismos que permitan efectivas cadenas de comercialización a los productos, procurar estímulos financieros a fin de que los

empresarios accedan a créditos blandos y de largo plazo, otorgar estímulos tributarios pero sobretodo descargar tanta obligación tributaria, no es posible que nuestras empresas tengan que tributar casi un 50% de sus utilidades a cambio de una pobre protección en términos de su sostenibilidad, estas y otras medidas que además deben ser de la iniciativa de la Superintendencia de Sociedades, por ser la institución encargada de esta importante tarea.

De lo anterior se desprende que la Superintendencia de Sociedades en su función natural de inspección, vigilancia y control a las sociedades del sector real de la economía, viene mostrando ciertas debilidades, tal es el caso de las enormes irregularidades cometidas por las llamadas “pirámides” y otras triangulaciones, que a espaldas de este órgano de control estafaron a la sociedad Colombiana, no se sabe si el descuido se debió a falta de previsión, diría la superintendencia a manera de disculpa que su función natural es posterior y selectiva, sin embargo así como tiene creatividad para ejercer funciones jurisdiccionales, la debería tener para desarrollar estrategias preventivas como la función de advertencia, de mucha utilidad en otros órganos de control, con la cual podía poner en alerta a las empresas que técnicamente estuvieren expuestas a problemas críticos.

En la Superintendencia de Sociedades, su función natural es atendida directamente por la delegatura para la inspección, vigilancia y control de las organizaciones empresariales del sector real de la economía, esta delegatura es una de las cuatro que tiene toda la entidad, pertenece a la planta global de la institución circunstancia que le permite al Superintendente asignar según su criterio la cantidad de recurso humano necesario para lleva a cabo la gestión, en el momento se desempeñan aproximadamente ciento veinte funcionarios entre profesionales y personal de apoyo, consideramos que es muy poco el recurso humano para responder al cumplimiento de objetivos, pero el inconveniente no radica en la cantidad de funcionarios adscritos a esta delegatura, la Superintendencia debe comprometerse en liderar toda clase de estrategia encaminada a internacionalizar nuestras empresas en este escenario aperturista, promover procesos de investigación encaminados a lograr la tecnología necesaria que permita suficiente valor agregado en la producción de bienes y servicios, fortalecer los procesos de creatividad empresarial, estimular políticas de sostenibilidad en las

“pymes”, unidades productivas que representan más del 50% de la producción nacional, proteger a los diversos sectores económicos de factores externos e internos, desestabilizantes, en conclusión ser el órgano garante de nuestro sistema productivo el cual sólo cuenta con la solidaridad de sus correspondiente agremiaciones pero que no son el interlocutor válido ante el gobierno.

Respecto de la función judicial de la Superintendencia de Sociedades, se debe señalar que Constitucional y legalmente es permitida si cumple con dos condiciones: una que se haga de manera excepcional y la otra que sea sobre materias precisas, el gran inconveniente es el de establecer lo excepcional que para el caso en estudio, la excepción se ha convertido en regla general, dado que en el señalado órgano de control la función jurisdiccional se constituyó en actividad permanente conformando a su vez una Supercorte Societaria desplazando en ese tema a la rama judicial, allí se profieren fallos en única instancia sin importar cuantías, estas son providencias tan blindadas que no permiten siquiera una eventual vigilancia especial, como si puede ocurrir en esta clase de procesos cuando se adelanta ante los jueces civiles. De acuerdo con la Corporación Excelencia de la Justicia, el ejercicio jurisdiccional que lleva a cabo la Superintendencia de Sociedades ha generado un sinnúmero de acciones judiciales por responsabilidad, que para el año 2011 las pretensiones ascendían a más de treinta y siete billones de pesos, sin embargo a esta alerta el gobierno no ha prestado atención y por el contrario continúa asignándole cada vez más funciones judiciales, en un ejercicio paralelo de administración de justicia.

La función judicial de la Superintendencia de Sociedades en el proceso de reorganización empresarial, no puede calificarse de negativa o exitosa, tal vez esta función podría ser innecesaria o a por mucho secundaria porque como se ha venido señalando, los problemas críticos se disminuirían o desaparecería si existiera una eficaz acción de protección preventiva por parte de esta entidad en sede administrativa, es allí donde la institución debe volcar todos sus esfuerzos, toda su logística, tener más analistas empresariales que abogados, presentar mejores resultados en sus función natural que en la jurisdiccional, porque en esta a pesar de su infraestructura y buenas intenciones los resultados no son los mejores, por ejemplo, desde la vigencia de la Ley de insolvencia julio de 2007 hasta final del año 2013 en todo el país, la entidad tiene en

proceso de admisión 160 solicitudes a trámite de reorganización y 120 casos en negociación para un total de 280 procesos, cabe señalar que por el mismo lapso de tiempo, 2000 a 2006, con la Ley 550 de 1999 se llevaron a cabo 1.301 casos de reestructuración, sin la dirección de la Superintendencia y toda su infraestructura con la que cuenta hoy, por cuanto aquel proceso era de amigable composición entre deudor y acreedores. La entidad presenta estadísticas que no reflejan la realidad, señala el ente de control que con su gestión judicial, los procesos tienen un promedio de duración de 1.3 años, recuperándose el 83% de la obligación, mientras que en el sector judicial para la solución del mismo conflicto se requieren 34 procedimientos, que representan un tiempo estimado de 1.346 días, con un costo equivalente al 47.2% del valor de la obligación y termina justificándose en el hecho de que conoce muy bien el tema, que tiene a la mano los mejores peritos y que no son inoperantes como ocurre en el sector judicial respecto del tema, lo que no se dice en ese informe es que cuando en un proceso de reorganización se detectan simulaciones, cosa que es frecuente, estas pasan a ser del conocimiento de la justicia ordinaria, en esa medida los tiempos de duración se prolongan de una manera incalculable y la gestión judicial de la Superintendencia queda dependiendo de los pronunciamientos de los jueces.

Es evidente que la superintendencia de sociedades tiene gran conocimiento en asuntos empresariales, coincidimos con el Dr. Juan Camilo Herrera funcionario entrevistado de la superintendencia, que la institución cuenta con la mejor infraestructura y tecnología implementada para este propósito, pero también es importante reconocer que su justificación no puede ser la deficiencia de los jueces, el problema sin duda es de orden político, no ha existido voluntad del estado para fortalecer la rama judicial en asuntos jurídico-mercantiles, en el año de 1989 el gobierno de turno expidió el Decreto 2273 con el cual se ordena la creación de 23 juzgados especializados en temas mercantiles a nivel nacional, sin que hasta la fecha se le hubiere dado cumplimiento a la norma, es decir los juzgados están ordenados pero no han sido creados, no se ha dotado la infraestructura ni tecnología para este propósito, no se puede alegar falta de candidatos para estas funciones para ello contamos con importantes profesionales en esa área, tampoco se deben señalar razones económicas ya que los costos de implementación pueden ser los mismos que se han invertido en la superintendencia para tal fin. Esa resistencia a crear los juzgados especializados en

temas comerciales, hace parte de la política gubernamental de ir penetrando la rama judicial a través de esta serie de funciones jurisdiccionales trasladadas a organismos administrativos al servicio del poder ejecutivo, es claro el inmenso poder de los jueces que en su ejercicio llegan a tener funciones relacionadas con control constitucional, desde las altas cortes hasta los jueces en sede de tutela, en consecuencia esta medida a nuestra manera de ver es una pugna de poderes procurando un equilibrio en beneficio de determinados sectores sociales y políticos.

Las funciones jurisdiccionales transferidas a órganos administrativos del poder público han sido objeto de examen por la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, con el propósito de condicionar su ejercicio a las exigencias del artículo 116 de la carta respecto del carácter excepcional y sobre materias precisas. Dicho examen no solo se ha limitado a la interpretación del artículo señalado, sino que la valoración se ha hecho en armonía con los artículos 113, 29, 228 de la Constitución y los preceptos que en materia de administración de justicia están establecidos en la Convención Americana de derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y la Ley 1285 de 2009 sobre administración de justicia. De aquel examen resulta que lo excepcional tiene que ver con mecanismos de residualidad de la norma que asigna las funciones, por ejemplo debe estar determinada la designación exacta de los funcionarios quienes han de tener un alto grado de estabilidad en el ejercicio jurisdiccional dentro de la institución, se deben precisar los órganos encargados de la función jurisdiccional, determinando el alcance de las funciones y las materias incluidas en esa función jurisdiccional, al tiempo que debe haber conexión entre la función administrativa y la judicial para garantizar un eficiente conocimiento en las diversas temáticas a resolver, cumpliendo con los principios de independencia, autonomía e imparcialidad con un juez competente, sólo así se logra un resultado adecuado y eficaz en la función jurisdiccional de la entidad administrativa.

Las anteriores condiciones son el marco Constitucional y jurídico para toda entidad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales, de lo contrario incurre en violaciones Constitucionales e ilegales o cuando menos en sospechas de inconstitucionalidad. La Superintendencia de Sociedades en su desempeño judicial viola fundamentos constitucionales y normas legales al tiempo que el quehacer en el tema, va

ocasionando sospechas de inconstitucionalidad por las prácticas irregulares que poco a poco afectan fundamentos constitucionales, entre tales irregularidades se han detectado las siguientes:

- Hay sospecha de inconstitucionalidad cuando la Superintendencia en aplicación del artículo 116 de la Carta Política ejerce funciones jurisdiccionales de las cuales rinde informe a su nominador el Presidente de la República, advirtiéndose que este nunca le delegó tal función porque no la tiene, sin embargo no le rinde informes de la gestión judicial a quien debería hacerlo, el Consejo Superior de la Judicatura tal y como lo hacen los jueces de la República respecto de los mismos procesos sobre los cuales también tienen competencia. Esta circunstancia permite flagrantemente la intromisión del ejecutivo en lo judicial, al tiempo que la Superintendencia aparece como rueda suelta, haciendo que desempeño, control, eficiencia, calidad de gestión, autonomía y otros elementos correspondientes a esa función sean el resultado de sus propias y subjetivas apreciaciones, aquello parece un pequeño bastión judicial totalmente blindado e impenetrable.
- La entidad no está cumpliendo con el requisito de la excepcionalidad en su función jurisdiccional, esta Superintendencia viene asumiendo tal cantidad de funciones judiciales adicionales a la de ser el juez de insolvencia, que bien podría estar usurpando funciones del juez natural en esos casos, hoy esta entidad tiene conocimiento de manera privativa sobre asuntos relacionados con obligaciones de responsabilidad en el uso abusivo del derecho al voto, fraude a la ley o terceros a través de la persona jurídica, en casos de liquidación voluntaria de la sociedad haciendo solidariamente responsables a los socios que participaron en ella ante eventuales fraudes y en general al ejercicio judicial respecto de temas relacionados con personas jurídicas mercantiles, en esta medida la entidad de control administrativo, se viene convirtiendo en órgano jurisdiccional permanente.
- Al acumular tantas funciones jurisdiccionales puede ocurrir que en un momento dado no exista claridad acerca de si una actuación es de carácter administrativo

o judicial, o si hay independencia entre una y otra, a pesar de tener física y funcionalmente separado lo jurisdiccional de lo administrativo, pues aquella función se alimenta de actos administrativos, circulares, políticas institucionales y en general de toda clase de documento proferido en función administrativa, así se está violando el principio de la residualidad porque lo excepcional pasa a ser regla general de competencia funcional en lo judicial, de paso desconoce el principio de la separación de poderes, adicionalmente este desempeño se puede tornar arbitrario en razón a que el proceso de insolvencia está diseñado de única instancia, justo a la medida del órgano administrativo.

- La independencia, autonomía e imparcialidad, característica de la función judicial no está garantizada, porque si bien es cierto que hay una independencia de funciones y actividades, también es cierto que por la naturaleza de la entidad hay dependencia jerárquica común, a diferencia de los jueces de la rama donde el superior no es el nominador del inferior lo cual garantiza autonomía e independencia de los fallos, aquí el Superintendente como autoridad máxima de la institución traza políticas comunes a los dos tipos de función y ejerce autoridad sobre los mismos, pero además es subalterno del Presidente de la República quien es máxima autoridad administrativa, a su vez el delegado para funciones jurisdiccionales es subalterno del Superintendente, a él le debe subordinación o dependencia, le rinde informes, debe acatar sus instrucciones, es decir no puede ejercer de manera independiente su labor jurisdiccional, pero lo más delicado es que el funcionario judicial de la institución no es funcionario de carrera judicial, su vinculación no corresponde a un riguroso proceso de selección como ocurre en la rama judicial, es nombrado a dedo por el Superintendente quien es su nominador o designado por el delegado en nombre del Superintendente, de otro lado, a pesar de oficiar como funcionario judicial su responsabilidad disciplinaria le corresponde a la oficina de control interno disciplinario de la entidad y no al consejo superior de la judicatura como ocurre con los jueces de la rama, en consecuencia puede ser retirado en cualquier momento, es decir, se puede presentar mucha movilidad en el cargo debido a que en la entidad existe planta global, de esa manera se viola la obligación de estabilidad en el funcionario, lo que a su vez afecta la garantía de imparcialidad,

la adecuada y eficaz función jurisdiccional, que a decir de los entrevistados y de informes como el de la Corporación para la excelencia de la justicia, este fenómeno está ocasionando cada vez más un mayor número de demandas ante la justicia contenciosa a través de acciones de responsabilidad contra el Estado y sus agentes.

La Ley de insolvencia trae una serie de contradicciones e inconsistencias, como por ejemplo, el proceso no admite apelación pero algunos aspectos accesorios si la permiten y se tramita ante los jueces ordinarios correspondientes, tal es el caso de las revocatorias por contratos simulados a favor de los socios, este y otros fenómenos que venimos mostrando, ilustran como la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades está usurpando funciones del poder judicial por las excesivas atribuciones judiciales otorgadas, arriesgando violar el principio constitucional de la excepcionalidad y con ella la división del poder, configurándose de esta manera lo que la Corte Constitucional ha dado en llamar “sospecha de inconstitucionalidad”.

En la Ley de insolvencia empresarial ronda un ambiente de inconstitucionalidad y sobre ese escenario orbita la Superintendencia de Sociedades sin que nada se haya dicho al respecto, la situación es la siguiente: la original Ley 1116 de 2006 que entró en vigencia en el año 2007 exige en sus artículos 10º y 13º tal cantidad de requisitos que de ser cumplidos no habría necesidad de acudir a la insolvencia por reorganización; ante esta situación los anteriores artículos fueron reformados por los artículos 30 y 33 de la Ley 1429 de 2010, norma expedida como reforma tributaria por el gobierno Uribe, en consecuencia estas modificaciones deben ser declaradas inexecutable por violación al artículo 157 de la constitución nacional en razón a que van contra el principio de unidad de materia, al no existir relación entre la Ley de insolvencia y la que le modifica que es de contenido tributario, dicho de otra manera, entre la norma reformada y la reformativa no hay una conexión temática, teleológica y sistemática con el título y contenido articular. De ser declarados inexecutable los artículos que reforman la Ley de insolvencia, esta volvería a su origen, lo cual la dejaría sin razón de ser y con ello la gestión judicial de la Superintendencia de Sociedades en la parte de reorganización.

El hecho de que la rama judicial sea incompetente no se debe justificar con el traslado de su responsabilidad a otras entidades y mucho menos aquellas de naturaleza administrativa, porque se corre el riesgo de perder el principio de los frenos y contrapesos con el que se garantiza un equilibrio o balance de poderes por el cual cada uno de estos sirve de control a los demás, circunstancia que a decir de Montesquieu asegura la libertad, seguridad de los ciudadanos y su protección contra los abusos de poder. Si en la rama judicial hay irresponsabilidad, corrupción, negligencia, ineficiencia y otros abusos, entonces que la rama judicial le responda al País por sus actos, que le rinda cuentas, que sea objeto de una profunda reforma, pero sobre todo que remuevan a funcionarios ineficientes y corruptos, no se puede permitir que otras instancias con buena voluntad pero con poca formación jurídica le hagan su tarea.

La hipótesis de esta investigación está encaminada a determinar si las funciones de un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público, pueden ser también de carácter Jurisdiccional sin que se vea afectado el garantismo propio de esta gestión, en el marco de un Estado Social de Derecho. La investigación y las conclusiones establecen que la Superintendencia de Sociedades, puede ejercer simultáneamente funciones naturales y jurisdiccionales porque la Constitución y la Ley se lo permiten, digamos que teóricamente esto es posible por tanto la hipótesis en este punto queda confirmada, sin embargo, en la práctica quedó demostrada la inconveniencia de esta simultaneidad de funciones, la entidad administrativa en su función natural pierde eficiencia y eficacia, la función judicial ejercida es precaria en sus decisiones, es una función de bolsillo a favor del ejecutivo, se tiende un manto de permisibilidad a la irresponsabilidad e ineficiencia de la Rama judicial en estos temas mercantiles, el ejercicio jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades cuenta con un sospechoso apoyo por parte de instancias del poder público, quienes sin importar violaciones constitucionales o legales sostienen la función judicial, ocasionando grandes perjuicios económicos, sociales y políticos al Estado, la gestión judicial de la Superintendencia de Sociedades, no es garante de los principios de autonomía, desconcentración, imparcialidad e independencia, que exige la Ley estatutaria de la administración de justicia para los operadores judiciales, en esa medida queda despejado el interrogante de la hipótesis.

RECOMENDACIONES

De esta investigación resulta una serie de propuestas que sin duda van a redundar en beneficio de las empresas en crisis y en la función jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades al interior del proceso de insolvencia, en la parte correspondiente a la reorganización empresarial.

Si el propósito de la Ley de insolvencia en su aspecto correspondiente a la reestructuración judicial de las unidades productivas, es el de garantizar la sostenibilidad de las empresas pertenecientes al sector real de la economía, la protección del crédito, la preservación del empleo y el amparo patrimonial de los acreedores, entonces, a esta Ley se le debe hacer una profunda reforma, comenzando por quitarle la naturaleza excluyente de su contenido al intervenir sólo en empresas viables, que se entiende aquellas que están sólidas pero con un inconveniente temporal de liquidez, de otra manera tal y como está la Ley, no tiene razón de ser y tampoco la gestión jurisdiccional de la Superintendencia en ese aspecto, no se compadece tanto despliegue tecnológico, tanta burocracia, tanta publicidad, si el deudor no encuentra una verdadera solución, en esta medida al deudor no le queda otra que abandonar la empresa o ganar tiempo para su probable liquidación. Para que esta reforma normativa propuesta, resulte pertinente, se hace necesario que sea acompañada con políticas de prevención y efectivas de apoyo empresarial, tal y como se señaló en las conclusiones.

Se le propone a la Superintendencia de Sociedades, que sea más protagonista en su función natural que en la jurisdiccional, porque en su calidad de organismo técnico la gestión que en ese sentido adelante, se debe reflejar en una disminución de los problemas críticos de las empresas que están a su cuidado fortaleciendo tareas preventivas y como se dijo, si la tarea de inspección, vigilancia y control es selectiva y posterior, entonces implemente el mecanismo de la advertencia previa.

Así como en el sector financiero existe un fondo de garantías financieras, aquí se propone la creación de un fondo de protección financiera empresarial, el cual debe ser alimentado con recursos provenientes de las reservas legales de las empresas y complementado con aportes provenientes de una adecuada política crediticia, en la que

el Estado debe servir como garante de créditos blandos; en esta tarea la Superintendencia llegaría a jugar un efectivo papel generando seguridad, sostenibilidad y permanencia del fondo. Adicionalmente con esta medida se hacen efectivas las reservas legales de las organizaciones empresariales, pudiendo realmente constituirse en prenda general de garantía de los acreedores, porque hasta el momento en la mayoría de los casos, dicha reserva solo tiene un carácter contable.

Se propone crear una jurisdicción especial en asuntos mercantiles a cargo de la rama judicial, tal y como existe la jurisdicción de familia, de esta manera se da cumplimiento al decreto 2273 de 1989, se fortalece la rama judicial en cambio de debilitarla por la asignación cada vez mayor de funciones jurisdiccionales a organismos administrativos, se garantiza la segunda instancia sobre estos temas y con ello el acceso eficaz a la justicia, mayor seguridad jurídica, mayor independencia en los fallos y finalmente se fortalece el papel natural de las entidades administrativas, porque al paso que van, se están congestionando de tal manera que su respuesta resulta siendo más morosa y menos eficaz que la de los despachos judiciales.

Nos proponemos iniciar demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 30 y 33 de la Ley 1429 de 2010, a fin de que sea declarada la inexequibilidad de esos apartes por violar el principio de unidad de materia, al reformar los artículos 10º y 13 de la Ley de insolvencia, siendo aquella norma, Ley de reforma tributaria y por tanto no guardar relación con la norma reformada.

REFERENCIAS

- Aldrich, R. (2001). *La historia del colonialismo europeo y la descolonización en el siglo XIX Y XX*. Washington: Plenum.
- Angermeier, H. (1984). *Reforma imperial e historia de la reforma*. Múnich: (Siglo XXI. Trad.).
- Apleyard, D. (1995). *Economía Internacional*. Madrid: Irwin.
- Artola, M. (2001). *La burguesía revolucionaria 1808-1874*. Madrid: Alianza.
- Arrubla, P. (2009). *Garantías y privilegios frente a la ley de insolvencia*. Bogotá: Dike.
- Bernal, M.A. (1970). *Monarquía e imperio*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Bernal, C. (2002). *Metodología de la Investigación para administración y economía*. Bogotá D.C.: Pearson.
- Berna, B. & Ledezma, J.J. (2006). *Historia del derecho romano y de los derechos neo romanistas*. México: Porrúa.
- Beuchot, M. (1965). *La aplicación del derecho natural a los indios según Bartolomé de las Casas*. México: Porrúa.
- Bidart, G. (1975). *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires: Editar.
- Bobbio, N. (1990). *La teoría general de la política y del derecho, (Marín, V. Trad.)*. México: Breviarios.
- Bobbio, N. (1992). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política, (Matteucci, N. & Pasquino, G. Trad.)*. México: Colección Breviarios.

- Bobbio, N. (2000). *Diccionario de Política*. (Matteucci, N. & Pasquino, G. Trad. y Siglo XXI, Ed.). México: Siglo XXI Editores.
- Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del derecho*. México: Fondo de cultura económica.
- Bodino, J. (1997). *Los seis libros de la República*, (Bravo, P. Trad.). Madrid: Tecnos.
- Bordali A. (Julio de 2003). “*La nueva división del poder*”. Santiago: Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, XIV, (33-47).
- Burdeau, G. (1982). *La democracia, tratado de ciencia política*, (Gordon B. Trad.). México: Universidad Autónoma de México.
- Maurice Baslé (2008). *Seguimiento y evaluación de políticas públicas*. Madrid: Publicher.
- Cadena, W. R. (2007). “*Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria*”. *Civilizar* 7, 12, pp. 1-21.
- Canals, J. (1994). *La Internacionalización de la Empresa*. Madrid: Mc Graw Hill.
- Cartledge, P. & Spawforth A. (2003). *Hellenistic and Roman Sparta: A Tale of Two*. Nueva York y Londres: Routledge.
- Cayo, J.C. (2001). *Guerra de las Galias*, (García V. Trad.). Madrid: Gredos.
- Casio, L. (2004). *Historia romana*, (García V. Trad.). Madrid: Gredos.
- Coulanges, F. (1997). *La ciudad antigua*, (Cigés, A. González, J. Trad.). Bogotá: Panamericana.
- Crouzet, M. (1963). *Historia General de las Civilizaciones Roma y su Imperio*, (Espinás, J. Trad.). Barcelona: Destino.

- Cuberos, G. (1993). *Comentarios al nuevo régimen de concordatos mercantiles*. Bogotá: Doctrina y ley.
- Child, J. & Arango, M. (1994). *Bancarrotas y crisis 1842-1984*. Bogotá: Presencia.
- De la Cueva, M. (1980). *La idea del Estado*. México: fondo de cultura económica, Universidad Autónoma de México.
- De la Cueva (1981). *La idea de la soberanía*. México: coordinación de humanidades de la UNAM.
- De Secondat, C. L. (2008). *El espíritu de las leyes, (M. V. Ed.)*. Madrid: Lex Nova.
- Donoso, R. (1963). *Antecedentes sobre la formación de la nacionalidad*, Santiago: Universidad Austral de Chile.
- Duran, R. (2008). *Vacíos e inconsistencia estructural del nuevo régimen de insolvencia empresarial en Colombia*. Bogotá: Revista Universitas.
- Duby, G. (1997). *Hombres y estructuras de la Edad Media, (Trad. Siglo XXI.)*. Madrid: siglo XXI.
- Escudero, A. (1997). *La revolución industrial en la gran Bretaña*. Madrid: Anaya.
- Echavarría, H. (1987). *El escándalo de los fondos Grancolombiano y Bolivariano*. Bogotá: Instituto de ciencia política.
- Engels, F. (2008). *Origen de la familia la propiedad privada y el Estado, (Fajardo, J. Trad.)*. Madrid: Fundación Federico Engels.
- Garay, J. (1998). *Estructura industrial e internacionalización*. Bogotá: Mundo editores.

- Hauriou, M. (2007). *Derecho administrativo y derecho público*. San José: Editorial jurídica universitaria.
- Héller, H. (1955). *Teoría del Estado*, (Tobio, L. Trad.). México: Fondo de cultura económica.
- Hobbes, T. (2012). *El Leviatán*, (Hernández, J. Trad.). Madrid: Gredos.
- Hobsbawm, E. (1968). *Industria e imperio*, (Figes, O. Trad.) Madrid: Ariel.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría general del estado*, (Dalla, A. Trad.). Buenos Aires: Albatros.
- Kramer, S. (1987). *La cuna de la civilización*, (Elías, J. Trad.). Nueva York: Orbis.
- Kingman, E. (1988). *Las ciudades en la transición al capitalismo*. Quito: Gasca.
- Levaggi, A (2002). *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América, historia de los tratados entre la monarquía Española y las comunidades aborígenes*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Liverani M. (1995). *El Antiguo Oriente Historia, sociedad y economía*, Vivanco, J. Trad). Barcelona: Grijalbo.
- Locke J. (1990). *Tratados sobre el gobierno civil*, (Mellizo, C. Trad.). Madrid: Alianza.
- Merrington, J. (1975). *Ciudad y campo en transición al capitalismo*, (Anderson, P. Trad).Madrid: Alianza.
- Molina, L.F. (2010). *Empresarios Colombianos del siglo XIX*, Bogotá: Universidad de los Andes.

- Maquiavelo, N. (2011). *El príncipe*, (Trad. Forte J.M.). Madrid: Gredos.
- Naranjo, V. (2000). *Teoría Constitucional e instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- Nieto, A. (1991). *La administración sirve con objetividad los intereses generales, en estudios sobre la Constitución Española*. Madrid: Civitas.
- Parias, A. (2001). *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Porter, M. (1993). *La Ventaja Competitiva de las Naciones*. Buenos Aires: Universidad del mar.
- Rousseau, J.J. (2011). *El contrato social, principios del derecho político*. Madrid: Gredos.
- Sáchica, L. C. (1996). *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Smith, A. (2011). *La riqueza de las naciones*, (Colé, J. Trad.). Madrid: Tecnos.
- Sraffa, P. (1960). *Producción de mercancías por medio de mercancías*. Barcelona: Oikos.
- Sayagués, L. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Oleji.
- Sotomonte, S. (2008). “Aspectos sustantivos del régimen de insolvencia”. *Revista-e Mercatoria*, 43-51.
- Uprimny, R. (2008). *Hacia un dialogo entre derecho y políticas públicas*. Bogotá: Publicación alcaldía de Bogotá.
- Vélez, L.G. (2010). *Introducción al libro de insolvencias*. Bogotá: Publicación Superintendencia de Sociedades.

Vitolo, D. (1988). *Lex Mercatoria*. Buenos Aires: Astrea.

Weber, M. C. (2012). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, (López, Z. Trad.). Madrid: Alianza.

Zavala, S. (1982). *Servidumbre natural y libertad cristiana según los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII*. México: UNAM y UNESCO.

Referencias Normativas

Colombia, (2010), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1931, 5 de mayo), “Ley 58 del 5 de mayo de 1931, por la cual se crea la Superintendencia de Sociedades Anónimas y se dictan otras disposiciones”, publicada en la Gaceta Judicial, Tomo XXXVIII, página 121. Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1981, 6 de mayo), “Ley 44 de 1981, Por la cual se revisan las funciones de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1990, 15 de enero), “Ley 11 del 15 de enero de 1990, por la cual se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Sociedades”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1995, 20 de diciembre), “Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones”, Bogotá

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1996, 7 de marzo), “Ley 270 del 7 de marzo de 1996, por la cual se establece la Estatutaria de la Administración de Justicia”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1998, 29 de diciembre), “Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 por la cual se determina las instituciones de la rama ejecutiva del poder público”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1998, 7 de julio), “Ley 446 del 7 de julio de 1998 donde se asignan funciones jurisdiccionales a las superintendencias”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (1999, 30 de diciembre), “Ley 550 del 30 de diciembre de 1999 sobre reestructuración empresarial e intervención económica”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (2006, 27 de diciembre), “Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la Republica, (2009, 22 de enero), “Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de hacienda y crédito público, (1980, 14 de mayo), “Decreto número 1171 del 14 de mayo de 1980, Por el cual se redistribuyen unas funciones administrativas y se asignan a la Superintendencia de Sociedades ciertas atribuciones para el cabal cumplimiento de la ley 32 de 1979”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de hacienda y crédito público, (1981, 6 de agosto), “Decreto número 2059 del 6 de agosto de 1981, por el cual se someten algunas compañías mercantiles a la inspección y vigilancia permanente de la superintendencia de sociedades”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Desarrollo Económico, (1986, 19 de junio), “Decreto número 1941 del 19 de junio de 1986, Por el cual se asignan unas funciones al Ministerio de Desarrollo Económico.”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de hacienda y crédito público, (1987, 17 de marzo), “Decreto número 497 del 19 de marzo de 1987, por el cual se distribuyen unos negocios.”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de hacienda y crédito público, (1992, 30 de diciembre), “Decreto número 2155 del 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades”, Bogotá.

Colombia, Ministerio de hacienda y crédito público, (1996, 19 de junio), “Decreto número 1080 del 19 de junio de 1996, por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades y se dictan normas sobre su administración y recursos”, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, agosto), “Sentencia C-479 de agosto 6 de 1992”, M.P.: Hernández Galindo, J. G., M. P.: Martínez Caballero, A., analizan el efecto jurídico del Preámbulo Constitucional, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, junio), “Sentencia T-406 de junio 5 de 1992”, M. P.: Angarita Barón, C., hace un análisis sobre las características del estado social de derecho Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, mayo), “Sentencia T-006 de mayo 12 de 1992”, M.P.: Cifuentes Muñoz, E., hace un análisis sobre las características de la función jurisdiccional en un Estado Social de Derecho. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, agosto), “Sentencia C-478 de agosto 6 de 1992”, M.P.: Cifuentes Muñoz, E., hace un análisis sobre las autoridades y los instrumentos de regulación en la intervención del estado en la economía, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, noviembre), “Sentencia C- 587, noviembre 12 de 1992”, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993 febrero), “Sentencia C-040 del 11 de febrero 1993”, M.P.: Angarita Barón, C., hace un análisis sobre las características de la libertad de empresa y la iniciativa privada, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993 enero), “Sentencia C-006 de enero 18 de 1993”, M.P.: Cifuentes Muñoz, E., hace un análisis sobre las características de la libre empresa en un Estado Social de Derecho, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, septiembre), “Sentencia C-1641 de septiembre de 2000”, M.P.: Martínez Caballero, A., hace un análisis sobre las condiciones bajo las cuales las Superintendencias pueden ejercer funciones jurisdiccionales en un Estado Social de Derecho, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2006, agosto), “Sentencia T-803 de agosto de 2006”, M.P.: Monroy Cabra, M. G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2006, octubre), “Sentencia C-833 de octubre de 2006”, M.P.: Araujo Rentería, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2007, octubre), “Sentencia T-767 de octubre de 2007”, M.P.: Vargas Silva, L.E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2013, abril), “Sentencia C- 156 de 2013”, M.P.: Vargas Silva, L.E., trata sobre las características que se deben dar cuando entes administrativos ejercen funciones jurisdiccionales, como las superintendencias y otras instituciones.